

عبد الرزاق السعدي

الوحي
في سبيل العقائد الحديثة

نظرية الالتزام بوجه عام
مصادر الالتزام
المجلد الأول

دار النهضة العربية
القاهرة



الوسيط في شرح القانون الملائم الجديد

(١)

نظرية
الالتزام بوجه عام

مصادرات الالتزام

العقد - العمل غير المشروع - الأبراء بلا سبب - القانون

تأليف

عبد الرحمن بن عبد الله

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس



General Organization Of the Alexan-
dria Library (GOAL)

كلمة افتتاحية

هذا هو الوسيط أقدمه بين يدى رجال القانون أقوى ما يكون أملاً فى أن يملأ فراغاً وأن يد حاجة . وقد اعترفت فيه بمشئة الله أن أشرح القانون للذى الجديد .

والوسيط هو الوسط ما بين الوجيز والبسوط . ولئن جعل الله فى المربية ، وأمدنى بسون من عنده ، أخرجت بسد الوسيط الوجيز ، ثم استمنت برقة من زملائى فى إخراج للبسوط . فتم بذلك حلقات ثلاث ، ينظمها عقد واحد . والوسيط هو واسطة هذا العقد . تجعله فيصبح وجيزاً . وتفصله فيصير مبسوطاً . ومن أجل ذلك اخترت أن أبدأ به . فهو أقوى من الوجيز فى سد حاجات العلم والعمل . وهو أدنى من للبسوط للباحث الذى لا يملك غير وقت محدود .

وبعد فطابع القانون المدنى الجديد الاعتدال . فهو يرضى الاستقرار ، ويطاوع التطور . والاستقرار يمثل فى وصل الحاضر بالماضى . والتطور يترأى فى تطلع الحاضر إلى المستقبل .

وإذناً بأن الحاضر متصل بالماضى ، عمدت فى هذا الكتاب إلى أمرين : (أولهما) أننى طنقت أشير إلى القضاء والفقهاء المصريين فى عهد القانون المدنى القديم كالركانا قد نبأ فى عهد القانون المدنى الجديد . وترأى أشير إليهما دون أن أشمر القارىء . بأن القانون المدنى قد تنير ، ودون أن أنه إلى أن القضاء والفقهاء الذين استند إليهما قد قاما فى عهد القانون المدنى القديم . وأردت بذلك أن أدل

على أن ما كان يصلح قضاء وصفاً في الماضي لا يزال صالحاً حق اليوم . فالسلسلة لم تنقطع حلقاتها ، والمهد الحاضر لا يزال متصلاً بالمهد الماضي أوثق الاتصال . وقصدت أن أقتل عن كتابي في نظرية العقد وعن كتابي الآخر في النظرية العامة للالتزامات كثيراً مما اشتملا عليه من الآراء الفقهية ومن قضاء المحاكم المصرية ، في العبارات ذاتها التي وردت في الكتابين ، بعد توفير ما يبنى من الملامحة ليساير الكتاب الجديد أحكام القانون الجديد . كل ذلك حتى أصل الحاضر بالماضي ، وحتى أثبت من طريق على أن الكتاب الذي كان يصلح مرجعاً في القانون القديم لا يزال صالحاً في كثير من نواحيه مرجعاً في القانون الجديد . فيتحقق من لا تزال خلجة من الشك تردد في نفسه أن القانون الجديد لم يؤخذ بشورة ، ولم يحدث انقلاباً . وإذا كنت قد درجت عن بعض الآراء الفقهية التي سبق لي أن اعتقتها في الكتابين الذين أسلفت ذكرهما ، فذاك سنة العقل البشري ، لا يقيم على خطئة واحدة من النظر . فهو لا يستطيع أن يتعوب الحقائق المطلقة . ويدرك اليوم ما لم يكن يقدر على إدراكه بالأمس .

ولما كان القانون الجديد — فيما استحدثت من النصوص والأحكام — لا يزال بكراً لم يرد فيه قضاء أو قه ، قد استحضت عنها بما خلعت من الأعمال التحضيرية . فأرخت كل نص من نصوص القانون الجديد مذ كان النص في المشروع التمهيدي ، متقباً إياه وقد انتقل إلى المشروع النهائي ، ثم إلى مجلس النواب ، ثم إلى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، ثم إلى مجلس الشيوخ ، حتى أصبح هو نص القانون الجديد . ونقلت ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه النصوص . واعتدت في كل ذلك على مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني الجديد التي أصدرتها وزارة العدل في أجزاء سبعة .

و كنت إذا ما استحدث القانون الجديد تغييراً ، أعنى كل التاية بالإشارة إلى هذا التغيير ، فأرسم حدوده ، وأبين مداه ، وأستطرد عند الحاجة إلى بحث سرين الحكم الجديد من حيث الزمان ، فأذكر ما عسى أن يكون نقص المستحدث من أثر رجى ، وبخاصة ما يكون له من أثر فورى ، وفقاً لنظريات الحديثة .

(والأمر الثانى) أتى جملة الفقه والقضاء القرنين هما ، من بين سائر النظم القانونية الأجنبية ، النظام الأجنبى الذى رجعت إليه ، كما كانت الحال فى عهد القانون اللبنى القديم . على أن القضاء الفرنسى لم أشر إليه إلا نحيث نتاج التطور التاريخى لبعض المبادئ ، القانونية ، وإلا حيث أستكمل به القضاء المصرى . وقد تصدت أن يكون قضاؤنا المصرى هو الأصل الذى يرجع إليه ، فىكون هو القضاء البارز فى جميع نواحي الكتاب ، لا يفتى عنه القضاء الفرنسى ، بل لا يفتى إلى جانبه إلا حيث تقوم الحاجة . لم أفل ذلك زواية بالقضاء الفرنسى أو غرضاً من شأنه ، وإلا فهو القضاء الذى نزلنا ضيقاً فى ساحته الواسعة ، وعشنا زناً فى رحبته الفسيحة . ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته ، بعد أن أقامه على عهد قوية . والقضاء المصرى فى مدى خفة وسهولة علماً قطع شوطاً بعيداً فى طريق التقدم ، حتى أصبح من حقّه أن يظفر باستقلاله . وقد صار من الكثرة والتنوع بحيث يجد الباحث فيه لكل مسألة مرجحاً . وبلغ فى القاتية شأواً أبعد مما بلغ الفقه المصرى . فمن واجبه الآن أن يضطلع بمسئوليته كاملة .



هذا عن اتصال الحاضر بالمضى . أما عن تطالع الحاضر إلى المستقبل ، فآيته أن القانون اللبنى الجديد يفتح عهداً جديداً .

تشمل ذلك فى هذه النهضة التشريعية المباركة التى بدأت منذ سنة ١٩٣٦ ،

وقد أرسى أساسها على ماهر باشا باللجان التي ألغى لوضع مشروعات للتقنينات الرئيسية ، فانظرت هذه الحركة المثمرة المباركة قريبتها التي نبئت ستين عاماً قبلها وانتهت إلى وضع التقنينات المصرية الحديثة التي قامت عليها حياتنا القانونية ولا تزال تقوم على بعض منها حتى اليوم . فإشبه الليلة بالبارحة ! لقد دخلت مصر بالأمس ، وفي نهضتها التشريعية الأولى ، عالم القانون الحديث ، فخطت خطوة حاسمة في مدارج تطورها القانوني . وهي اليوم ، في نهضتها التشريعية الثانية ، تخطو خطوة حاسمة أخرى ، فتبوأ مكاناً مستقلاً في الأسرة المالية للقانون . وإذا كانت مصر قد استقلت بتشريعيها ، فقد آن لها أن تستقل أيضاً بقضائها وبقضاها . وأن هذا العهد الجديد ، الذي افتتحه القانون المدني الجديد ، لتعلن فيه مصر أنها قد اعترفت أن يكون لها قضاء ذاتي وقوة قومي .

هذه هي المرحلة الجديدة التي تخطوها مصر ، وهذه هي الآفاق الجديدة التي تطالع بها رجال القانون في هذا العهد الجديد .

لقد ظفر التشريع المصري بالاستقلال في سنة ١٩٣٧ ، وكانت معاهدة مونترية هي مك استقلاله . وظفر القضاء المصري بالتوحيد بعد انضمام فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة . فلي القضاء المصري تقع تبعات جسيمة ينبغي له أن ينهض بها . وعلى الفقه المصري أن يكون الرائد للقضاء المصري ، يمهده السبيل ، ويمهده الطريق .

وإذا كان القانون المدني الجديد قد اقتبس نصوصاً من بعض المصادر الأجنبية ، فليست هذه ، في السكثرة القالبة منها ، غير مصادر استثناس للصياغة . أما التاليف المظلي من أحكامه فستمد من أحكام القانون المدني القديم ومن للبداية التي أقرها القضاء المصري طوال سبعين سنة كاملة .

وقد كتبت منذ ثمانية عشر عاماً في كتاب «نظرية النقد» : «علينا أولاً أن نحصر الفقه ، فنجلسه قهراً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا ، ففقهنا حتى اليوم لا يزال ، هو أيضاً ، يحتله الأجنبي ، والاحتلال هنا فرنسي . وهو احتلال ليس بأخف وطأة ، ولا بأقل عتاً ، من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصري يتلصق في الفقه الفرنسي الهادي الرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أمته ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نزرعه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، يقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمي ، أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن .

واليوم يسدني أن أقل هنا ما أدليت به أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وهي تنظر مشروع القانون الجديد : «أن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الفرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تيمية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا ، حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه ، فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يعيط به من ملايات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وقته مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عد تطبيق النص أو تفسيره ، أن يستبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً

عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولا يقع له التشريع من حلول تبقى بمجالات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضع المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي ، يستند إلى قضاء وقته ولها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور المالي للقانون .

تطور النصوص في صميم الحياة القومية : هذه هي مهمة القضاء والفقه في مصر منذ اليوم . ولا عذر لها إذا ما تخلى عن هذه النتيجة الخطيرة ، وتركها الاجتهاد إلى التقليد . وإن القانون المصري الجديد يؤخذ بهد جديد لا في مصر فحسب ، بل أيضاً في البلدين الشقيقين السوريين ، سورية والعراق . ويكفي أن يكون هذا الشرح لقانون المصري الجديد هو في الوقت ذاته شرح لقانون السوري الجديد ، فابين القانونين إلا فروق طفيفة أشرت إليها في حواشي هذا الكتاب . وهو أيضاً مرجع أساسي لشرح القانون العراقي الجديد ، فقد قام هذا القانون على مزاج موفق من الفقه الإسلامي والقانون المصري الجديد . وقد حان الوقت ليتلون الفقهاء المصريون مع زملائهم فقهاء سورية وقضاء العراق ، ويتكاثروا جميعاً لإرساء أساس قوى « لقانون المدني العربي » . يكون قوامه الفقه الإسلامي ، قانون المستقبل لبلاد الروبة جميعاً .

وإذا كنا نشر اليوم بنزعة عمودة إلى تثبيت ذاتيتها وتأكيد استقلالها ، بعد أن صلب عودنا وشبنا عن الطوق ، فإن الواجب يقتضينا أن نذكر ذكر المترف بالفضل والجميل مانحن مدينون به لفقه الأجنبي ، وبخاصة لفقه الفرنسي . فقد كان هذا الفقه الشككة التي عليها ترتكز ، والنور الذي به نهتدى ، ولا زلنا مغمورين بفيضه حتى اليوم .

هذا والكتاب الذى أقدمه اليوم إلى القراء هو من طلائع الشروح لقانون
المدنى الجديد . فلا بد أن يكون يبدأ عن حد الكمال . وما أعجلنى إلى إخراجه
إلا على أن الناية بيّنة ، وأن العرق قصير ، وأن الكمال لله وحده .

وقد تفضل صديقى الأستاذ الفاضل مصطفى كامل اسماعيل فكفل تصحيح
«التجارب» ، فعاون بذلك على إخراج الكتاب معاونة مشكورة ، تحققت بها من
مشقة بالغة . جزاء الله عنى خير الجزاء .

وإذا كان هذا الكتاب ليس إلا خطوة متواضعة نحو استقلال الفقه
المصرى ، وقد بدت بشائر هذا الاستقلال قبل ذلك فى كتب ورسائل قيمة
لزملاء هم فى الندوة من فقه القانون المدنى ، فإنى أرجو أن يكون الكتاب ، فى
هذا الحيز المحدود ، قد أوفى بقليل من الترضى ، وملاً شيئاً من التبراغ ، وسد بعضاً
من الحاجة .

وبالله التوفيق .

أبريل سنة ١٩٥٢

نظرة التقنين الجديد

كيف وضع ، وكيف يكون نصيره
وما استحدثت من أحكام ، وما يرسم من اتجاهات عامة

- ١ - تنقيح التقنين المرئي : كيف تمت فكرة التجميع ، وكيف حدث .
- ٢ - القواعد التي قام عليها التنقيح : كيف عولجت ميوب التقنين القديم - مصادر التجميع وطرق التفسير في التقنين الجديد .
- ٣ - الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجبريم والقريم : ما استحدثت التقنين الجديد من أحكام ، وما كتبه وكان مسؤولاً به من قبل .
- ٤ - الاتجاهات العامة للتقنين الجبريم : موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنين الحديثة - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والمجاعة .

(١)

تنقيح التقنين المدني
(كيف قامت فكرة التنقيح . وكيف حققت)

١ - كيف قامت فكرة التنقيح

(١) عيوب التقنين المصري القديم^(١)

العيوب الموضوعية :

يكتنف الظروف التي وضع فيها التقنين المدني القديم شيء من الغموض ، إذ لم يتخلف عنه أعمال تحضيرية تبين لنا كيف وضع . والظروف التي وضع فيها ، والسياسة التشريعية التي توخيت في وضعه .

والمعروف أن واضع التقنين المدني المختلط هو الأستاذ مانوري Manoury . كان محامياً فرنسياً يقيم في الإسكندرية . واتخذ نوبار باشا أمين سر له . ثم عينه بعد ذلك أمين سر للجنة الدولية التي كانت تدرس مشروع إنشاء المحاكم المختلطة في مصر ، وعهد إليه في وضع التقنينات المختلطة في سنة ١٨٧٢ ، فانتهى من وضعها في العام التالي (سنة ١٨٧٣) .

وقد اقتبس مانوري التقنين المدني المختلط من التقنين المدني الفرنسي ، فاختصر هذا التقنين اختصاراً محلاً في كثير من المواطن . ونقل بعض المسائل عن القضاء الفرنسي وعن التقنين المدني الإيطالي القديم الذي صدر في سنة ١٨٦٦ . ولم يفضل الشريعة الإسلامية فقلع عنها بعض الأحكام . وصدر التقنين المدني المختلط في ٢٨ من يونيو سنة ١٨٧٥ . ثم شكلت لجنة من بعض كبار المترجمين — كان فيهم

(١) انظر ، مثلاً ، لنا نشرناه في مجلة القانون والاقتصاد (العدد السادس ، العدد الأول) في وجوب تنقيح القانون المدني ، وقد نشر قسم من هذا المقال في للكتاب القمعي لميد الحبيبي للمعالم الوطنية .

محمد قلدي (باشا) وحسين فخري (باشا) وبطرس غالي (باشا) — وقامت اللجنة بترجمة هذا التقنين وسائر التقنينات المختطة إلى اللغة العربية .

وما لبثت حكومة ذلك العهد ، بعد إذ استقرت المحاكم المختطة ، أن تطلعت إلى إصلاح القضاء الوطني وتنظيمه على غرار القضاء المختلط . وكان ناظر المحفظة إذ ذاك محمد قلدي باشا . فالتفت في أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم وطنية نظامية ، كان من بين أعضائها الأستاذ موريونديو Moriondo وهو محام إيطالي عين قاضياً في محكمة الإسكندرية المختطة في سنة ١٨٧٥ . وبقي في القضاء المختلط حتى وصل إلى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختطة . وتوفي سنة ١٩١١ . وقامت هذه اللجنة بوضع لائحة لترتيب المحاكم الوطنية الجديدة صدرت في ١٧ من نوفمبر سنة ١٨٨١ . وقام أعضاء اللجنة في الوقت ذاته بوضع تقنينات لهذه المحاكم ، صيغت كلها على مثال التقنينات المختطة . وكان من نصيب الأستاذ موريونديو أن يضع التقنين المدني الوطني ، فقلقه نقلاً يكاد يكون حرفياً من التقنين المدني المختلط . واشترك محمد قلدي باشا مع الأستاذ موريونديو في وضع هذا التقنين .

ثم شبت الثورة العرابية ، فوقفت حركة الإصلاح القضائي . ولما أخذت الثورة أعادت الحكومة النظر في لائحة سنة ١٨٨١ ، وأصدرتها معدلة في ١٤ من يونيو سنة ١٨٨٣ . ثم أصدرت التقنين المدني الوطني في ٢٨ من أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، فالتقنينات الخمسة الأخرى في ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وقد وضعت هذه التقنينات الوطنية كلها باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت إلى اللغة العربية . وقام بالترجمة يوسف وهبه (باشا) مسترشداً بترجمة التقنينات المختطة التي سبقت الإشارة إليها . وراجعت الترجمة لجنة شكلت لهذا الغرض (١) .

وقد سجلت قوانين الإصلاح المختطة والوطنية في تاريخ التقنين المصري مرحلة تقدم واسعة في العهد الذي صدرت فيه . وقضت على كثير من مساويء

(١) انظر في الإصلاحات القضائية التي تمت في ذلك العهد : وريثان بك القاهرة سنة ١٨٩٢ ص ٢٧ — ٢٩ — دي روزاس في ظلم الاتيازات الأجنبية في الامبراطورية الثانية باريس سنة ١٩٠٥ الجزء الثاني ص ٢٧١ وما بعدها — دي هلسنجز ١٠ ص ٧ وما بعدها — عبد السلام ذهني بك في مسئولية الدولة جزء ١ ص ٤٣ وما بعدها . — إيل فيركلير في القضاء —

الماضي . ولكن البلاد بقيت تسير إلى الأمام ، فطورت المدنية ، واستلزم الزمن ، وتقدم فن التقنين ، وأصبحت مصر لا تقع اليوم بما كانت تقع به بالأسس ، وأخذت عيوب هذه التقنينات تظهر شيئا فشيئا . وبحسبي أن أشير هنا إشارة موجزة إلى عيوب التقنين المدني القديم .

وأول ما ييب هذا التقنين أنه يحض تقليد التقنين الفرنسي العتيق . فجمع بين عيوب التقليد وعيوب الأصل الذي قلده . والتقنين الفرنسي قد قدم به العهد ، وهو اليوم متخلف عن العصر الذي يعيش فيه قرناً ونصف قرن . وفي خلال هذه الأجيال الطويلة ارتقى التقنين المقارن إلى مدى جعل التقنين الفرنسي في الصف الأخير من التقنينات الحديثة . فهناك مسائل ذات خطر كبير نبتت في العهود الأخيرة ، ونمت وازدهرت فاحتوتها تقنينات القرن العشرين ، ولا نجد لها أثراً في التقنين الفرنسي . وقد ولد في فجر القرن التاسع عشر ، ولا في تقنيننا المدني الذي أخذ عنه . فبدأ التصف في استعمال الحق ، ونظرية الاستغلال ، ونظام المؤسسات ، وتنظيم الملكية في الشيوع ، وعقود التزام المرافق العامة ، وعقد التأمين ، وحالة الدين ، والإعسار المدني ، كل هذه المسائل الخطيرة لانعثر على نص واحد فيها لا في التقنين الأصل ولا في التقنين المقلد . وحتى فيما احتواه هذان التقنينان من النظريات والأحكام ، زي الكثير منها ناقصاً مبتوراً . ويكفي أن نشير إلى أهم نظرية في القانون المدني وهي نظرية الالتزام ، وإلى أهم باب فيها وهو باب المصادر ، حتى يظهر بجلالة أن أحكام العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وردت في التقنينين غامضة مقتضبة . فلا نجد في أحكام العقد شيئاً عن النيابة في التعاقد ، ولا عن الإرادة المنفردة ، ولا عن عقود الإذعان ، ولا عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ولا عن الحق في الحبس ، بل نحن لا نجد في

== المخطط المصري واختصاصاته التشريعية بروكسل سنة ١٩١١ م وما بعدها — دى ميه في اختصاص القضاء المخطط في مصر بروكسل سنة ١٩٢٦ م وما بعدها — مينا في القانون المدني المصري المخطط الاسكندرية سنة ١٩٢٧ جزء ١ ص ١٤ وما بعدها — يرتون في احكام المخططة في مصر سنة ١٩٣٠ م وما بعدها — الكتاب الذهبي لعيد الجنين للمعالم المخططة — الكتاب الذهبي لعيد الجنين للمعالم الوطنية — مال والاكتور مانش في القانون التجارى المصرى سنة ١٩٢٣ الجزء الأول ص ٧١ — الدكتور زمزى سيب و تنازع الاختصاص ماين احكام المخططة والمحاكم الوطنية القاهرة سنة ١٩٣٨ م وما بعدها .

مسألة من أدق مسائل العقد ، وهى مسألة تكوينه ، إلا سمحاً بحراً . فلا نص يبين كيف يصلح الإيجاب ، ومتى يكون ملزماً ، وإلى أي وقت ، وكيف يقترن به القبول ، ومتى وأين يتم التعاقد فيما بين الغائبين . ولا نجد في المسئولية التصيرية إلا عدداً قليلاً من النصوص تسكت عن أهم المسائل في هذه المسئولية . أما في الإثراء بلا سبب فلا يوجد نص واحد يضع القاعدة العامة في هذا الموضوع الخطير (١) .

ولم يقتصر التقنين المصري على نقل عيوب التقنين الفرنسي ، بل زاد عليها عيوباً من عنده . وهو إذا كان قد تجنب عيوب هذا التقنين في بعض المسائل ، كما فعل في ترتيبه لمصادر الالتزام وفي عيوب الرضاء والمهبة المسترة والتضامن في المسئولية التصيرية والمصروفات الفاحشة في بيع الوفاء وامتياز الما قول من الباطن ، إلا أن ما زاده من العيوب أربى بكثير على ما تجنبه منها .

ففي تقنيننا المدني القديم فضول واقتضاب . وفيه غموض وتناقض . ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة .

أما أن التقنين القديم فيه فضول واقتضاب فيكنى أن تصفحه لتبين ذلك في وضوح . فهو في حق الملكية ، أهم الحقوق العينية ، يقتصر على نصين اثنين ، يتحدث في الثاني منهما عن حق المؤلف ويحيل فيه إلى قانون خاص . وهو مع ذلك يتناول حق الانتفاع ، أقل الحقوق العينية خطراً وأضيقها انتشاراً في مصر ، فإذا به يفيض في نصوصه إفاضة لا يفسرها إلا أنه يقلد التقنين الفرنسي تقليداً أعمى ، حيث حق الانتفاع في فرنسا من الحقوق العينية الواسعة الانتشار بسبب قانون الميراث . ثم هو في نظرية الالتزام يفيض في المسائل التي لا حاجة للافاضة

(١) وقد كان الضكير في تفهيم التقنين للفرنسي يقى مقاومة شديدة من بعض الفقهاء ورجال القانون في فرنسا في أوائل هذا القرن . ولكن فكرة التقيح ما لبثت أن اختبرت أمام التقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين في القرن العشرين وأسلم قدم التقنين للفرنسي ووقوفه عن مسيرة التطور . فقرر تقيح هذا التقنين تقيحاً شاملاً ، وشكلت لهذا الغرض في سنة ١٩٤٥ لجنة كبار رجال القانون في فرنسا ، وعلى رأسهم عميد كلية الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليوى لا موراندير Julliot de la Morandière ولا تزال اللجنة ماضية في عملها ، وقد أخرجت حتى اليوم أربعة أجزاء من أعمالها التصيرية (سنة ١٩٤٥ — ١٩٤٩) .

فيها كما فعل في الالتزامات التخيرية والالتزامات التي يكون القانون مصلوحاً ،
ويقتض في المسائل التي هي في أشد الحاجة إلى البيان والتفصيل كما فعل في
تكوين القيد وفي الاشتراط لمصلحة الغير وفي الدعوى البوليصية وفي المسئلة
التقصيرية وفي الإراء بلا سبب .

وفي التقنين القديم غموض وتناقض . يفتنى الغموض في كثير من نصوصه
الجمهورية . ويمكن الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالدعوى غير المباشرة والدعوى
البوليصية والالتزام الطيعي والشرط الجزائي والمحل والسبب والاشتراط لمصلحة
الغير والمتضامن . وعمل القضاة والمليظة ، لتبين أن هذه النصوص قلقة
غامضة لا تنحصر إلى معنى مستقر ثابت . أما التناقض ما بين أحكام التقنين القديم
فهو أمر غير نادر الوقوع . إذ بينا يعمل المشتري ثمة الملاك في بيع التليات قبل
التسليم ، نرى البائع هو الذي يعمل هذه التبعة بوجه عام . وقد سار التقنين القديم
التقنين الفرنسي في الأولى ، ونقل عن الشريعة الإسلامية في الثانية . وبينما لا يجوز
للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت لغيره من المدينين للمتضامين ، إذا
به يجوز له أن يتمسك بها بقدر حصته في الدين . وفي الوقت الذي يميز فيه التقنين
القديم الاشتراط لمصلحة الغير دون قيد ، إذا به يقرر في عبارة عامة وفي غير
احتراز أن العقود لا ترتب عليها منفعة لغير عاقدتها . وينزل بالحد الأقصى
لقواعد الاتفاقية إلى ٩ في المائة ، ولكنه يرضعه في عقد القرض إلى ١٢ في المائة .
ولم يسل التقنين المدني الوطني من أن يتناقض في بعض أحكامه مع التقنين المدني
المختلط . فالتقنين الوطني يشترط في حوالة الحق رضاه للدين ، ويمكن التقنين
المختلط بإعلانه . ويبيع التقنين الوطني بيع المحصولات قبل أن تثبت ، ويعزم
التقنين المختلط هنا البيع . ويجعل التقنين الوطني أقصى مدة الاسترداد في بيع
الوفاء خمس سنين ، ويتقص التقنين المختلط هذه المدة إلى سنتين .

وهناك سلسلة من الأخطاء وقع فيها التقنين القديم . منها أنه أغفل أهم شرط
في التملك بالتضام القصير ، وهو شرط حسن النية . ونقل أحكام بيع المريض
مرض الموت عن الشريعة الإسلامية فوق في غلطين : نظر إلى مال البائع وقت
البيع والصحيح أن ينظر إليه وقت الموت ، وقضى بأن العبرة بقيمة المبيع
والصحيح أن العبرة بالقدر المحابي به . وقرر أحكاماً غريبة في النفقات نقلها

عن القانون الفرنسي وهي تتنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية . فجعل الزوجة تنفق على زوجها ، بل تنفق على زوجة أبي زوجها . وذكر أن ملكية الميع المعلن بالنوع تنقل بالتسليم ، والصحيح أنها تنقل بالتعيين . وجعل الشرط الجزائي التزاماً تخبيرياً ، والصحيح أنه يخرج من نطاق الالتزامات التخيرية . ورتب على الوفاء مع الحلول أن الدين يتقضى ويحل محله دين جديد ، والصحيح أن الدين يبقى مع انتقاله إلى دائن جديد.. وزعم التقنين المدني المخطئ أن القسمة منشئة للحق ، والصحيح أن القسمة كاشفة لا منشئة

العيوب الشكلية :

وفي التقنين القديم — إلى هذه العيوب الموضوعة — عيوب شكلية ترجع إلى تبويه وإلى ازدواج لفته . فتبويه واضح العيوب . إذ هو يجمع في كتاب أول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الواجب فصل الأموال عن الحقوق العينية ، فالأموال محل للحقوق العينية والحقوق الشخصية على السواء . ويفصل في كتابين مستقلين بين نظرية الالتزام والعقود المسماة ، ولا محل لهذا الفصل : فالعقود المسماة تتصل بنظرية الالتزام أوتى الاتصال . ويخصص كتاباً رابعاً لما يسميه بحقوق الدائنين ، ويخلط فيه بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفائر التسجيل ، بل هو لا يذكر من التأمينات العينية الرهن الحيازي ويورده دون غيره في العقود المسماة . ولا يشتمل على باب تمهيدي لمصادر القانون ولتطبيقه في الزمان والمكان ، ولغير ذلك من المسائل العامة .

وعيوب التبويب التفصيلي لا تقل عن عيوب التبويب العام . ففي الكتاب المخصص للحقوق العينية الأصلية زعي قيود الملكية واردة على أنها حقوق ارتفاق ، ولا زعي أثر الملكية في الشيوع ولا للقسمة إلا بعيداً عن هذا الكتاب في المكان المخصص للشركات وفي قانون المرافعات (م ٧١١/٦٢١ مرافعات). وزعي قاعدة جوهريّة كالقاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المتقول سند للملكية موزعة توزيعاً غريباً بين التملك بالعقد (٦٨/٤٦٨) والتملك بالتقادم (م ٨٦-٨٧/١١٥-١١٦) وإثبات الحقوق العينية (م ٦٠٧-٦٠٨/٧٣٣-٧٣٤) . وليس ثمة أثر لأي ترتيب منطقي أو على لوحظ في تسلسل أسباب كسب الملكية . وفي الكتاب الثاني المخصص لنظرية الالتزام زعي

نظرية الالتزام في ذاته مشطورة شطرين توسطت بينهما أبواب ثلاثة خصصت لمصادر الالتزام . فالباب الأول من هذا الكتاب يتناول أثر الالتزام وما يدخل عليه من أوصاف . والباب الثاني يتناول أول مصادر الالتزام وهو العقد . والباب الثالث يخطط بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، وهما الإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع . والباب الرابع يفيض في المصدر الأخير للالتزام وهو القانون ، مع أن هذا المصدر هو أقل المصادر حاجة إلى الانفراد بباب مستقل ، بله الإفاضة في نصوصه . ثم يعود الباب الخامس إلى نظرية الالتزام في ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ورتبها ترتيباً غير منطقي . وبعضى الباب السادس في إثبات الالتزام . أما انتقال الالتزام — ولا يعرف القانون القديم منه إلا حوالة الحق دون حوالة الدين — فلا تراه في هذا الكتاب أصلاً ، وإنما تجده منزوياً في الفصل الأخير من فصول عقد البيع . وفي الكتاب الثالث الذي خصص للعقود المسماة تجدد هذه العقود قد وردت واحداً بعد الآخر في غير ترتيب واضح . ف يأتي بعد البيع الإيجار وهو يمزج ما بين إيجار الأشياء وعقد القالة وعقد العمل . ثم يرد عقد الشركة فقد عارية ويمتزج فيه القرض بعارية الاستعمال . وهكذا تتتابع العقود دون ترتيب ، فتخلص من الودعة إلى الكفالة . ثم إلى الوكالة ، فالصلح ، فزهن الحيازة ، فالغاروة ! أما الكتاب الرابع فقد قدمنا أنه مزيج غريب يجمع ما بين حق الدائن العادي في التنفيذ على أموال مدينه ، ومن ثم رد إشارة إلى الدعوي البوليصية (م ٥٥٦/٦٨٠) ، والتأمينات العينية ، وهذه لا ترد كاملة ، فالزهن الحيازي يرد في العقود المسماة كما رأينا ، وقواعد التسجيل القديمة ، وترد تحت عنوان إثبات الحقوق العينية ، ثم أحكام تفصيلية في دفاتر التسجيل .

وليس الأمر مقصوراً على التبويب العام والتبويب التفصيلي ، فإن الترتيب الداخلي لأحكام كل باب وكل فصل لم يراع فيه تسلسل منطقي أو اعتبار عملي . ولا حاجة للخوض في ذلك .

أما ازدواج لغة التقنين القديم فأمره مشهور . وضع هذا التقنين في الأصل باللغة الفرنسية ، ثم رجم إلى اللغة العربية ، فكان من ذلك أن وجد أمام المحاكم الوطنية نص أصلي يقابله نص رسمي ، وكثيراً ما يتناقض النصان . مثل ذلك التدفيس ، بشرط النص العربي أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين ولا يشترط

وتتبعه تقيماً شاملاً . فالنصيح الجزئي لا يجدي في إصلاح عيوب انتشرت في جميع ثيابا التفتين ، وشاعت في كل أجزائه . وقد كان النصيح الشامل هو الحلما المقرر في جميع اللجان التي توالى على تنقيح هذا التفتين ، يبرز هذا في وضوح من الرجوع إلى أعمال هذه اللجان ، ومن الرجوع إلى المذكورة الرسمية التي كانت أساساً في تأليف اللجان جميعاً .

والفتنات متى قدمت ، وطال بها العهد ، واختطف عليها الزمن ، لا يجدي فيها الترميم . وبحسبك أن تنظر إلى التفتين اللدني الخماسي ، وقد وضع في سنة ١٨١٠ ، ثم قنع تنقيحاً جزئياً في أوائل الحرب العالمية الأولى ، رآه رثاء مهلهلاً يطالطك فيها بين ثيابه القديمة البالية بقطع مرقعة تلمح فيها الجلبة ، تصعب من هذا المزيج الغريب ما بين القديم والجديد ، ويفجؤك منه ضروب من المفارقات وانعدام التفتين والانسجام . وهذا هو السر في عدم انتشاره وجعل الناس به ، مع أنه من أهم التفتينات الهرماتية . ويمكن أن تخارون بينه وبين التفتين الهرماتيين الآخرين ، الأثافي والسويسري ، حتى تبين أنهما يبرزان كثيراً في التماسك والانسجام ، وإحكام الحبك ، وكمال الصنعة

وقد عمد واضعوا للمشروع الفرنسي الإيطالي إلى النصيح الشامل دون النصيح الجزئي ، فظلموا على الناس بأثر تشريعي جليل . وهكذا صنع الإيطاليون عند ما قنعوا تفتينهم اللدني في العهد الأخير ، فجاء تنقيحهم شاملاً جامعاً . وهذا هو ما اعتزم الفرنسيون أن يصنعوا ، فهم اليوم يتقنون تفتينهم اللدني العتيق تنقيحاً شاملاً ، بدأوا العمل فيه منذ سنة ١٩٤٥ — فإذا كان كل من التفتين الإيطالي والتفتين الفرنسي في هذه الحاجة إلى النصيح الشامل ، وقد قنع أولهما فعلاً وأعطى الثاني طريقه إلى النصيح ، فما أولى التفتين المصري بالنصيح الشامل وهو الذي جمع إلى عيوبه الذاتية عيوب الأصل الذي حاكاه .

والآن وقد تم النصيح ، واستوي التفتين الجديد متخذاً مكانه بين التفتينات الحديثة ، أريك منه أن جاء تنقيحه تنقيحاً شاملاً ؟ وهل كان يجدي فيه النصيح الجزئي ؟ وابن كانت النصوص الجديدة نجد مكانها بين نصوص التفتين القديم ، وهي لا تقل في العدد عن هذه ، وكلها بين نص واضح الضرورة ونص محقق النفع ؟ ثم أما كان النصيح الجزئي يفرض بقاء التفتين على تقسيمه القديم

بما حواه من عيوب ، وعلى تبويه الأصل بما شابه من نقص ، وعلى ترتيبه
المعهود بما اعتوره من خلل ! (١) .

ج) الظروف التي نبتت فيها فكرة التصحيح :

نبتت فكرة تصحيح التقنين المدني منذ عهد بعيد . وقد كان التقنين القديم
منذ صدوره محلاً لتعديلات جزئية متفرقة (٢) .

(١) وقد عرضت « لجنة القانون المدني » لمجلس الشيوخ لهذه المسألة في تقريرها القيم الذي
رضته للجلسة فكانت : « وبراى من ناحية الموضوع أن مدى الإضافة ومبلغ التصحيح في
الأحكام التفصيلية هما العنصران اللذان يتحكمان بصفة مهمة في أمر القاضية بين الأسلوبين المتعم
ذكرهما (التصحيح الشامل والتصحيح الجزئي) . فالتقنين الحالي لم يتضمن إشارة إلى حكم
تغليب التصحيحات في الزمان ، ولم يغرد لتنازع القوانين سوى مواد ثلاث . إحداها تتعلق
بالمواريث والثانية بالوصايا والثالثة بالأهلية . ولم يشتمل على قواعد عامة في شأن الشخصية
الجنسية ، ولم يورد أحكاماً عامة أو خاصة في مدد حواله الدين أو عقود المقاولات أو التراف
الرافق البسطة أو عقد العمل أو الحسكر أو إجبار الوقت أو تنظيم الإعسار أو تصفية الشركات .
ولذا لاحظ أن المواد التي تنظم هذه المسائل برزى عدداً في المشروع على نصف عدد مواد
التقنين الحالي القديم وأن الارتباط بينها وبين سائر المسائل التي يتناولها التقنين المدني لا يسوغ
مه استصدار تصريحت خاصة بالنسبة إليها ، ورجحت كفة التعديل الشامل على نحو لا يسيل إلى
الشك فيه . وثمة موضوعات أخرى أجل التقنين الحالي (القديم) الأحكام المتعلقة بها إجمالاً
أدخل في معنى الاقتضاب ، كتركيب العقد والعموى البولعية والاشتراط لمصلحة الغير
والمسئولية التقاعدية والمسئولية التصهيرية والحراسة والملكية الثابتة وملكية الطابق وروهن
الحيازة وحق الاختصاص . وتفصيل مثل هذه الأحكام على تنصيحها لا يعمد في أي تعديل جزئي
إلا إذا أريد التماسي ٤١ يلابسها من عيب في غير حاجة أو مصلحة . والواقع أن الأمر
لا يتعلق بمجرد التفضيل لزيادة الإضاح أو لزيادة الإلزام ، ولكنه يتعلق باستكمال أحكام ترتب على
نصوصها في كثير من الأحيان اختلاف المحاكم واضطراب المعاملات . ومن الملاحظ أن حكم هذا
الحلاف من طريق التبويه صراحة بالحكم لا يفسر مع تعدد الحالات وكثرتها على الوجه الذي
تعممت الإشارة إليه إلا بالتعديل الشامل . وقد راعت اللجنة فضلاً عن ذلك أن التعديل
الشامل يبين على إعادة تبويب القانون تبويماً منطقياً يرر نواحي الارتباط والتقابل بين
الموضوعات ويسر المجمع بين أطرافه . مثلاً انتقلت أحكامها في التقنين الحالي دون ظلم رغم
ما بين أبرزائها من وثيق الصلات . فبهذا التعديل الشامل تيسر للمشروع أن ينهج هذا النهج
المنطقي المنسق في التبويب ، وأن يؤمل الأحكام المتعلقة بالحيازة والحق في الحبس والنفق وعدم
التنفيذ واليابة في الصادق وحقوق الارفاق وحقوق الامتياز . فني ذلك ما يبين على تحري
الأحكام من الأدهان ويسر فهمها وتطبيقها . (مجموعة الأعمال التصهيرية ١ ص ١٢١ - ١٢٥) .

(٢) ومن أقدم هذه التعديلات ما قضى به الأمر الحالي الصادر في ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ =

وألفت لجنة أثناء الحرب العالمية الأولى للنظر في إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكان فيها فكرت فيه تنقيح القانون المدني .

على أن التنقيح الشامل لم يكن محلاً للتفكير في تلك المهود . ولكن التطورات العميقة التي ساقها الحرب العالمية الأولى ما لبثت أن جعلت هذه المسألة الخطيرة تطرح على بساط البحث . فناقشها كبار المشتغلين بالقانون المصري من الأجانب في ذلك الوقت ، نذكر منهم أربعة : الأستاذ بيولا كازيللي (١) والأستاذ مينا (٢) والأستاذ والتون (٣) والأستاذ بوايه (٤) . فكان الأولان من خصوم التنقيح الشامل ، والأخيران من أنصاره (٥) .

وأول تعريج رسمي حاسم في اعتزام الحكومة تعديل اقتضين المدني والتجارتين الأخرى تعديلاً شاملاً ورد في الخطاب الذي ألقاه وزير الحفانية في

== عن تحويل حق أصحاب الأطلان المراجعة إلى ملكية تامة . وكذلك الأمر المال الصادر في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترخ والجسور السوية والفاق الخاصة ، وهو قانون يكمل اقتضين المدني لاسم له . وصدر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ أمر عال ينص سمر القوائد القانونية إلى ٠.٥٪ في اللواد المدنية (وكانت ٠.٧٪) وإلى ٠.٧٪ في اللواد التجارية (وكانت ٠.٩٪) ، ثم صدر مرسوم بقانون في مارس سنة ١٩٣٨ ينص سمر القوائد الاضائية إلى ٠.٨٪ مع جواز خفضها إلى ٠.٧٪ بخصي مرسوم . وصدر أمر عال في ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ يمدد القنين المدني المخطط فيلني الرهن الضائر ويستبيح عنه بحق الاختصاص . وصدر في ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ (بالنسبة إلى القانون المخطط ، وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة إلى القانون الوطني) قانون مظهر يمدد أحكام الشفعة — انظر أيضاً ذكره في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بتمديد المادة ٧٤١ مخطط الخاصة بحد القيون الشفعة على الفار ، وقانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ بتمديد المادة ٥٤ مخطط الخاصة بحق الجرى والميل ، وقانون ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ بتمديد المادة ٥٦٨/٢٩٨ الخاصة بالقوائد التي يضمنها قيد الرهن . وصدر قانون رقم ١٨ ورقم ١٩ سنة ١٩٢٣ لتعديل أحكام التسجيل ، وقانون رقم ٤٩ ورقم ٥٠ سنة ١٩٢٣ لإبطال بيع القوائد التي يضمنها رهن حيازة ، وقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٢٣ لطرح البحر وأكله ، وقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٢٣ لحماية القائق للرتين .

- (١) مجلة مصر الماسرة سنة ١٩١٩ عدد ٤٢ وسنة ١٩٢١ عدد ٥٧ .
- (٢) مجلة مصر الماسرة سنة ١٩٢١ عدد ٥٩ .
- (٣) مجلة مصر الماسرة سنة ١٩١٦ عدد ٢٦ .
- (٤) مجلة مصر الماسرة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧ — ص ٣٩ .
- (٥) أنظر تمثيل ذلك في مقال لنا نشر في مجلة القانون والاقتصاد في تنقيح القانون المدني (الطبعة السادسة العدد الأول) وهو المقال الذي سبقت الإشارة إليه .

عيد الاحتفال المحمسي بالحاكم الوطنية في سنة ١٩٣٣ (١). وعلى أثر ذلك انطلق الشعور العام الذي كان سائداً في ذلك الوقت بين رجال القانون من المصريين ، فنادوا بوجوب تنقيح التقنين المدني تنقيحاً شاملاً (٢).

ثم نالت الأحداث السياسية ، وأخذت الحرب العالمية الثانية تقرب ، ومال الإنجليز إلى عقد معاهدة مع مصر استعداداً لهذه الحرب . وقبل أن تعقد معاهدة سنة ١٩٣٦ ، توفقت الوزارة التي كانت قائمة في الحكم إذ ذلك — وزارة علي ماهر باشا — أن هذه المعاهدة لا بد أن تعرض للامتيازات الأجنبية . وأن تقضي بإلغائها . فقدرت بحق أن إلغاء هذه الامتيازات يقتضي تعديل التقنينات المصرية التي وضعت على عجل وقت إنشاء الحاكم المختلطة ، ونقلت نقلاً يكاد يكون حرفياً إلى الحاكم الوطنية عند إنشائها . فأخذت للأمر أهبة ، وشكلت لجنتين ، إحداهما لتعديل التقنين المدني والتقنين التجاري وتقنين المرافعات ، والأخرى لتعديل التقنين الجنائي وتقنين الإجراءات الجنائية .

٢ — كيف حققت فكرة التنقيح

(اللجان التي تعاقبت على تنقيح القانون المدني)

اللجنة الأولى :

وكل إذن إلي إحدى اللجنتين اللتين أشرنا إليهما تنقيح القانون المدني تنقيحاً شاملاً . وكانت هذه اللجنة برئاسة مراد سيد أحمد باشا ، وأعضاؤها سبعة غير

(١) وقد جاء في هذا الخطاب ما يأتي : «أما من حيث التشريع فإن القوانين التي وصفت عند إنشاء الحاكم الأممية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها . وهناك فيه في مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها حتى تضارع أحسن القوانين في البلاد المتقدمة ، وستؤلف لجنة خصباً لهذا الغرض من رجال خبيرين أكفاء » (انظر الكتاب القومي لعيد المحقق للحاكم الوطنية ١ ص ٧) .

(٢) وقد عر الفائل الذي نشرناه بمناسبة العيد الخمسين للحاكم الوطنية في وجوب تنقيح القانون المدني عن هذا الشعور ، جاء به ما يأتي : «وإذا كان خصوم التنقيح وأعضاؤه من الأجانب متأثرين باعتبارات مختصة ، فنحن نحب أن يكون مصر صوتها في هذا الشأن الحظير . ونعتقد أننا نتم بأمانة عن رأي المصريين المشتغلين بالقانون إذا قلنا إن التقنين المدني المصري في أشد الحاجة إلى تنقيح شامل لجميع » .

الرئيس (١) وقد شكلت بقرار من مجلس الوزراء صدر في أول مارس سنة ١٩٣٦ . وحدد المجلس عامين للجنة لكي تتم في خلالها أعمالها ، واشترط تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونهم للمهمة التي نيّطت بهم تفرغاً تاماً في نظير مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم .

وعقدت اللجنة الأولى في المدة مابين ٢١ من مارس سنة ١٩٣٦ . تاريخ افتتاح عملها الرسمي . و ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ ، تاريخ حلها . عشر جلسات وزعت في خلالها العمل على الأعضاء ، وانتهت إلى إقرار بعض النصوص التهديدية القانون المدني على أساس المشروع الذي تقدم به الأستاذ لبنان دي بلقون أحد أعضائها . وهي تتعلق بمصادر القانون ونطاقه القانوني . وقد استبقى المشروع التهديد القانون المدني الجديد من هذه النصوص أربعة هي المواد الأولى فيه ، وكذلك استبقى مشروعاً قدمه للجنة الأستاذ لبنان دي بلقون في الأشخاص المعنوية والجمعيات والمؤسسات بعد إدخال بعض تعديلات فيه .

ولكن اللجنة الأولى لم تكمل تقضي في عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء في ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ بحلها اقتصاداً في النفقات ! وكان ذلك على أثر تقرير الوزارة . وقد أتمت هذه اللجنة — عدا النصوص التهديدية في القانون المدني التي سبقت الإشارة إليها — ما يقرب من ثمانين مادة من القانون التجاري تتعلق كلها بالكسبالية وأوراق الصرف (٢) .

(١) وم صليب ساي (باشا) وموسيو لبنان دي بلقون ومستر مري جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دي فيه وموسيو الفريد واسكول وعبد الرزاق أحمد الشهورى (باشا) .
(٢) ورد في مذكرة لوزير العدل تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ (سندود إليه فيما يلي) عن هذه اللجنة الأولى ما يأتي : « في ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ تقدمت وزارة المحفانية إلى مجلس الوزراء بمذكرة نوهت فيها بما تحميه البلاد من تخلف قوانينها المدنية والتجارية عن سائرة التقدم الاجتماعي ، وبالرغبة المزايدة في توحيد التشريعات الأهلية والمختلطة . وأشارت بوجوب تنقيح تلك القوانين وتأليف لجنة خاصة يهدها إليها بهذه المهمة . وقد وافق في ٢٦ من الوزراء على هذه المذكرة ، وقرروا في أول مارس سنة ١٩٣٦ تأليف اللجنة التي اقترحتها وزارة المحفانية وأقام نظامها على الأسس الثلاثة الآتية : تحديد مدة لانتهاء من العمل ، وتفرغ الأعضاء وأعوامهم له ، ومكافأتهم على جهودهم . والواقع أن مجلس الوزراء في هذا العهد كان بصيراً كل البصر بخاطر هذا العمل التشريعي وما يقدّر آثاره من الخلود ، وكان معوكلاً تعلم الإدراك أن حرص القائمين به على بلوغ الكمال أو الفخوة قد يضرهم بدم القيد زمان معين لقرانغ من مهتهم . ولا كانت حاجة البلاد إلى الإصلاح التشريعي قد بلغت في =

اللجنة الثانية :

وبقي العمل معطلا بعد حل اللجنة الأولى إلى أن صدر في ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية برئاسة كامل صدقي (باشا) ومعه عشرة أعضاء (١) . على أسس تغير الأسس التي قامت عليها اللجنة الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة وأنتى نظام التفرغ والمكافآت وقد خرج من اختصاص هذه اللجنة قانون المرافعات المدنية ، وعهد إليها فضلا عن القانون المدني وقانون التجارة البرى والبحرى ، بوضع قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

وعقدت اللجنة الثانية في المدة ما بين ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ تاريخ تشكيلها و ٢١ من يوية سنة ١٩٣٨ تاريخ حلها ما يقرب من عشرين جلسة . انتهت فيها إلى الموافقة على النصوص التمهيدية والنصوص المتعلقة بالموطن والشفعة والكفالة . وقد استبقى المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد من هذه الأعمال النصوص المتعلقة بالشفعة بعد مراجعتها والنصوص المتعلقة بالكفالة بعد إدخال تعديلات جوهرية فيها (٢) .

== إلحاحها لملا لا يتيج الإصراف في الأناة ، فقد حدد قرار مجلس الوزراء عاين اللجنة لكي تتم في خلالها أعمالها . وإذا كانت هذه المدة قصيرة بالنسبة لحساسة العمل التي أسندت إلى اللجنة ، فقد اتخذت الإجراءات التي تكفل إتمامه على الوجه الأكمل رغم قصر الأجل ، فشرطت أولا تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونتهم للهمة التي نيئت بهم تفرغا تاما . لذلك تقرر منهم من القيام بأعمال وظائفهم الأصلية من طريق الانتخاب الكامل ، كما حرم على أصحاب المهن الحرة منهم أن يزاولوا مهنتهم . ولا كان هذا العمل يتطلب رغم التفرغ جيها إضافيا من العاملين به ، فقد قرر مجلس الوزراء منح أعضاء اللجنة وأعاونتهم من السكرتيرين الفنيين والإداريين مكافآت مالية توضع عن جهودهم وتحفزهم على الحرس على إتمام العمل في الأجل المضروب . وعلى هذه الأسس الثلاثة : تحديد الزمن والتفرغ والمكافأة ، تم تشكيل اللجنة

(١) وم صليب ساي (باشا) وعبد القضاة السيد بك ومصطفى الشوربجي بك ومحمد فؤاد حسي بك والمستر مري جرامام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دى فيه وعيفاليه اضونيونيتا وموسيو ليون بلسار وموسيو فان أكر .

(٢) وقد ورد في مذكرة وزير العدل التي قدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يويه سنة ١٩٣٨ عن هذه اللجنة الثانية ما يأتي : في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ قدمت إلى مجلس الوزراء مذكرة أشارت إلى أن لجنة تعديل القوانين المالية والتجارية تكلف الدولة عتبا ماليا باحظا ، فهي تكبد المخرانة ما يربو على ٤٨٠٠٠ جنيه وانتهت إلى وجوب إعادة تشكيل اللجنة على ==

اللجنة الثالثة والاضميمة :

وفي ١٦ من يونية سنة ١٩٣٨ تقدم وزير العدل أحمد خشبة باشا - وكانت الوزارة قد تغيرت - بمذكرة إلى مجلس الوزراء أبان فيها أن اتجاه المشتغلين بصناعة التشريع يكشف عن ضعف إيمانهم بصلاحيه نظام اللجان البدء بأعمال التقنين ، كما أن التجربة في أكثر البلاد تقطع بفسادها وبأفضلية إسناد مهمة وضع التقنين إلى أحد رجال القانون ، حتى إذا فرغ من وضع مشروع تمهيدى طرح هذا المشروع على الرأى العام ، فإذا اجتمعت ملاحظات الأفراد والمهيات عليه عهد به إلى لجنة تتولى مناقشته وتقويم عوجه . واقترح وزير العدل أن يعهد في وضع المشروع التمهيدى القانون المدنى إلى اثنين من المشتغلين بالقانون مختار أحدهما من المصريين والآخر من الأجانب ، على أن يتفرغا لعملهما وبنهاه فى مدى ستة شهور .

وفي ٢١ من يونية سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على ماجاء بمذكرة وزير العدل ، فحللت اللجنة الثانية بهذا القرار . وفي ٢٨ من يونيه سنة ١٩٣٨ أصدر وزير

== أسس تافى الأسس الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة ، وألغت نظام الفرغ ، وألغت المكافآت ثم صدر فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية . . على أن عقد مقارعة عاجلة بين اللجنتين تتبع الوقوف على عيب الأسس التى قام عليها نظام اللجنة الثانية . ففى حين أن اللجنة الأولى أبدت نشاطاً قفا فى عملها ، إذ عقدت فى مدة شهرين عشر جلسات آتت فى خلالها ما يقرب من نصف القانون التجارى فضلا عن بعض نصوص القانون المدنى ، نجد أن اللجنة الثانية بطيئة فى عملها ، لم تعد فى خلال ما يقرب من عامين إلا عشرين جلسة ، ولم تنته إلا من تعديل أجزاء محدودة من التقنين ، هى النصوص التهديدية ، والنصوص الخاصة بالموطن . والواقع أن هذا الفارق البعيد لا يرد إلا إلى أن اللجنة الثانية أقيمت على أساس اعتبار مهمة التعديل التشريعية مهمة ثانوية يتولاها الأعضاء فضلا عن أعاء أعمالهم العادية دون مقابل . لذلك لم يتح لها إلا كثر من المكافآت القليلة والمكافآت التى توفرت على خبرة خاصة بشؤون التقنين . ثم أن شعور الأعضاء بتفضيلهم بذلك العمل لم يكن يتفق مع تحديد فترة معينة يتناول فى خلالها مهمتهم . بيد أن تجربة الأدم التى سبقت مصر فى ميدان التقنين قد دلت على أن هذا العمل يجب أن يحدد له أجل معين ، ويغسل الأجل الضيق فى هذه الأحوال ، لأن الروابط الاجتماعية فى تطور مستمر ، فلو أجل أجل للتعديل لهدر له أن يظل متخلفا عن كل ما يستجد من ظروف الحياة . ولعل الوقوف عند ضرورة تحديد الأجل وضربه بنضى لازما إلى وجوب فرغ من مبدء إليهم يثبت التقنين لهذه المهمة ووجوب توفيرهم على ما تتطلبه من كفايات خاصة .

العدل ، تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء ، قراراً بإستاد مهمة وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى لإثنين من رجال القانون ، أحدهما الأستاذ إدوار لامير من أكبر رجال الفقه فى فرنسا ، والثانى مؤلف هذا الكتاب (١) .

ولم يزل هذا الإجراء الحكيم الذى اتخذه وزير العدل - لجنة قليلة العدد لا تتجاوز اثنين تتفرغ لعمليها تفرغاً تاماً (٢) - يرجع الفضل فى إنجاز المشروع التمهيدى فى قرابة عامين ، وقد بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة ، وتم طبعه فى سنة ١٩٤٢ (٣) . وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة

(١) جاء فى تقرير «لجنة القانون المدنى» لمجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التصضيرية ١ من ١٩٢١) : «ولقد بدأت الجهود فى تعديل القانون المدنى منذ سنة ١٩٢٦ . وفى تلك السنة شكلت أول لجنة . وفى سنة ١٩٣٨ طألت وزارة العدل (بمضرة صاحب المحامى) عبد الرزاق السنهورى بشا مهمة وضع مشروع لتعديل القانون المدنى . وفى سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع ، وقدمته وزارة العدل إلى رجال القضاء وأساتذة القانون وسائر الهيئات للدلاء بالرأى فيما تضمن من أحكام» . ولم يرد فى التقرير ذكر الأستاذ إدوار لامير . وإذا كان الفقيه الفرنسى الكبير لم يتوانه الفرصة أن يقيم فى مصر مدة طويلة ، إلا أنه اشترك اشتراكاً جدياً فى الأعمال الأولى ، ولم يحد منه بوضع بعض نصوص الباب التمهيدى ونصوص عقود المغالاة والالتزام للمرافقة الملمة والعدل والتأمين .

(٢) وقد عاون اللجنة الدكتور حلى يجهت بدوى فاشترك فى أعمالها الأولى ، ثم جدت ظروف لمطعته عن العمل ، والأستاذان استنويت وساسى الفنان كانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، فوضع الأول منها المشروع الابتدائى للباب الخامس بإتبات الالتزام والفصل الخامس بقصد الشركة ، وعاون الثانى فى وضع النصوص الخاصة بتنزع القوائيم من حيث المكان .

ونألفت سكرتارية فنية للجنة قوامها : الدكتور سليمان مرقس وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بتضميم الأشياء وعقود القرض والبارية والودعية ، والأستاذ عبد محرم بك وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بالمحاسبة ، والدكتور محمد زهير جبرانة وقد وضع المشروع الابتدائى لعقود الصلح والإيراد المؤقت والزمان والمعاملة ، والدكتور شفيق شحاتة وقد اشترك فى أعمال المراجعة وبمخامة ما يتعلق منها بالفقه الإسلامى . ووضع مشروعاً أولاً للنصوص الخاصة بمحوالة الدين الأستاذ محمد صادق فهمى بك ، أعادت اللجنة النظر فيه ، وراجته مراجعة شاملة .

واستأنت اللجنة فى بحث القضاء الوطنى بفريق من قضاة المحاكم الوطنية عم الأساتذة محمدعزى بك وعبد محرم بك وأحمد زيد بك وعبد العزيز محمد بك ونجيب أحمد بك .

(٣) وضع المؤلف المذكورة الإضافية للمشروع التمهيدى فى أجزاء أربعة . وقد وضع الجزء الثانى منها الخامس بنظرة الالتزام باللغة الفرنسية حتى يتفهم علماء القانون الأجانب عمل اللجنة فى أهم جزء منه . وترجم هذا الجزء إلى اللغة العربية الدكتور حسن أحمد ضنادى ، كما علون فى وضع الجزء الأول الخامس بالباب التمهيدى متضمناً بما تركه الأستاذ لامير من مذكرات فى هذا الباب .

القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضاً للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات (١) .

وفي ٢٩ من مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برئاسة مؤلف هذا الكتاب وعضوية أربعة من رجال القانون (٢) ، تعاونها هيئة فنية (٣) ، لمراجعة المشروع في ضوء ماتم من الاستفتاء وما قدم من الملاحظات . وحدد لها موعد ستة أشهر لإنجاز مهمتها . وقد عقدت لجنة المراجعة هذه أولى جلساتها في أول أبريل سنة ١٩٤٥ وانتهت من مراجعة المشروع التمهيدي في ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ . وأرسل المشروع النهائي إلى مجلس الوزراء في ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ (٤) .

(١) أجرت وزارة العدل استفتاء واسعاً في المشروع التمهيدي ، وأرسلته للدلالة بالرائي فيه إلى محكمة النقض ومحكمة الاستئناف والمحاكم الاستئنافية والكلية الوطنية والمختلطة ورجال النيابة الوطنية وأقسام قضايا الحكومة وقائمي المحامين الوطنية والمختلطة وكبار رجال القانون البارزين وكليني الحقوق بجامعة فؤاد وجلسة طروق ومدرسة الحقوق الفرنسية ووزراء ووكلاء وزارة العدل الساجين وبنك مصر والبنك الأهلي والبنك الزراعي وبنك التليف الزراعي ومطامحة من رجال القانون المرويين منهم الرؤساء والوكلاء السابقون لمحكمة النقض ولإدارة قضايا الحكومة .

وقد درس المشروع هذه الهيئات . وأرسل الكثير بما عن فهم من الآراء فيه . وتقدمت محكمة النقض بملاحظات فدرستها «لجنة القانون المدني» بمجلس الشيوخ . وعنى بدراسة المشروع التمهيدي بنوع خاص محكمة الاستئناف المختلطة برئاسة المستشار برتون ، ومحكمة مصر الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ أحمد حلمي بك ، ومحكمة لئيا الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ محمد عزى بك .

وتفضل عميد رجال القانون في مصر الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمي باشا بنقى بمراجعة جميع نصوص للمشروع مراجعة دقيقة شاملة .

(٢) هم الشيخ المحترم مصطفى عمود الشوربجي بك عضو مجلس الشيوخ والنائب المحترم على السيد أيوب وكيل مجلس النواب والدكتور محمد كامل مرسى (باشا) المستشار بمحكمة النقض والأستاذ سليمان حافظ بك المستشار بمحكمة استئناف مصر الوطنية .

(٣) وقد شكلت من الأستاذ عبده عزم بك مدير مكتب لجان التشريع بوزارة العدل والدكتور حسن أحمد بضادى أستاذ القانون المدني بجامعة طروق والدكتور سليمان مرقس أستاذ القانون المدني بجامعة فؤاد والدكتور شفيق شحاتة أستاذ القانون المدني بجامعة فؤاد والأستاذ نصيف زكي بك رئيس نيابة استئناف مصر الوطنية .

(٤) أرسله وزير العدل أحمد خشة باشا . ومن المصادفات الطيبة أن يكون هو نفسه وزير العدل الذي شكل في سنة ١٩٣٨ اللجنة الثالثة ، وهي اللجنة التي أتميزت المشروع .

وهو يشتمل على ١٢٥٣ مادة (١) ، وصدر مرسوم بعرضه على البرلمان في ٤ من ديسمبر سنة ١٩٤٥ (٢) :

وعرض المشروع على مجلس النواب ، بعد أن أحيل على « لجنة الشؤون التشريعية » برئاسة حضرة النائب المحترم على أيوب بك وكيل المجلس (٣) ،

(١) وقد راعى واضعو المشروع التمهيدى أن يحيطوا المشروع بشتمل من النصوص على المد الأقصى لا يجوز أن يدرج في غنيتين مدنى حديث حتى يسهل بعد ذلك على لجنة المراجعة أن تتخذ من هذه النصوص ما ترى الاستغناء عنه . وصدروا المذكرة الإيضاحية للمشروع بالبيان الآتى :

« يرى واضعو هذا المشروع أن النصوص الواردة فيه هي المد الأقصى لا يجوز أن يدرج في غنيتين مدنى حديث دون أن يؤخذ عليه إشراف في التصيل . على أن ثمة تحفظات بشأن نصوص قد يصح المناوئل عما إذا كان من الأنسب الإبقاء عليها أو حذفها . وإذا كانت هذه النصوص قد أثبتت في المشروع ، فقد أريد من ذلك إلى إضاح المجال للاختيار ، أو إلى الأخذ بالأحوط ، ولا سيما أن حذف مالا يؤنس غناه فيه أسير من إنشاء ما تقتضيه ضرورة » . وكان من ذلك أن نزلت لجنة المراجعة بالمشروع من ١٥٩١ مادة هي المواد التي كان المشروع التمهيدى يشتمل عليها إلى ١٢٥٣ مادة هي ما خلصت إليه من النصوص في المشروع النهائي .

(٢) وقد عنت « لجنة القانون الدنى » بلجنة الشيوخ أن تبرز في تقريرها نصيب المصريين في وضع القانون الدنى الجديد ، فقالت : « والآن وقد استردت البلاد سيادتها التشريعية ، وأوشك أن يتخلص آخر ظل من ظلال نظام الامتيازات ، يطيب للجنة أن تعرب عن عظيم اغتباطها بأن يكون القانون الدنى الجديد تمييزاً مصرياً خالصاً عن هذه البادية . فهو بعد بعد الدستور أهم تفريع وضعه المصريون أنفسهم . فقد أعد مشروعه فيه مصرى يشغل مكانة رفيعة بين علماء القانون . وقد أدلى المصريون بالرأى فيه ، وكان هذا الرأى على تقدير ودراسة . وقد تولت مراجعته لجنة اشترك فيها من رجال الفقه والقضاء والجامعة فريق من البزرن ، وهو في هذه المرحلة الأخيرة يعرض على نواب الأمة وشيوخها للنظر في أحكامه ، في ضوء علمهم وخبرتهم بتقاليد البلاد وأوضاعها وحاجاتها . فإذا جاوز هذه المرحلة ، أصبح القانون الدنى « المصرى » حقيقة ونصاً . وكان للأجيال القادمة أن تتبر به ، وأن تعلم لحدود العبرة والتكررى أن مصر احتلت على مضى منها حقناً معيماً ، ولكنها اجتهدت واجتهدت حتى أخرجت ، بنفسها ولتفسها ، هذا القانون الجديد » . (مجموعة الأعمال التشريعية ١ ص ١٢٢ - ص ١٢٣) .

(٣) وأعضاء لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هم حضرات النواب المحترمين أحمد مرسي بدر بك ، وعزيز مرقى بك ، وعلى الحشاشى بك ، ومحمد حاتم (باشا) ، ومحمد شوكت التولى بك ، ومحمد توفيق خنيسة بك ، وعبد المجيد الشراطوى بك ، والفدكتور على إبراهيم الرجال بك ، ومحمد أمين والى بك ، وأحمد محمد بربرى بك ، ومصطفى الصالى بك ، وعبد التميم أبو زيد بك ، وحسن محمد اسماعيل بك .

فأقره . وقد استغرق نظره بالمجلس ولجنته التشريعية زهاء ستة شهور ، من ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ إلى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٦ (١) .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ما يأتي : «بجلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ أحال المجلس مشروع القانون الذي على لجنة الشؤون التشريعية ، وهو أضخم عمل تشريعي قدمت حكومة إلى البرلمان ، ويخوف في أهميته كل ما عداه من الأعمال التشريعية ، لا له من أثر بالغ في الحياة العامة في تنظيم العلاقة بين الأفراد والمجاعات . إذ القانون الذي هو الدعامة الأولى لصرح العدل في البلاد . تلك أول اللجنة مشروع هذا القانون أكبر قسط من عنايتها ، فشككت من بين أعضائها ثلاث لجان فرعية لدراسة : تولت الأولى بحث الباب التمهيدي والالتزامات ، وتولت الثانية بحث العقود السهلة ، وتولت الثالثة بحث الحقوق المالية . وقد توافرت هذه اللجان الفرعية على دراسة ما وكل إليها بحث ، وعقدت لهذا الغرض عدة اجتماعات ، ثم عرضت نتيجة عملها على اللجنة العامة ، التي والت اجتماعاتها حتى انتهت من بحث المشروع بأ كله ، فأقرت سنن ما اقترحه اللجان الفرعية من تعديلات ، كما أدخلت على المشروع تعديلات أخرى — وقد شهد اجتماعات اللجان الفرعية والمجلس صاحب الزمة عبده محرم بك مدير إدارة المحاكم غوطية مندوباً عن وزارة العدل ، فلاقته منه مصادقة صادقة . كما شهد هذه الاجتماعات حضرة صاحب السيادة الدكتور عبد الرزاق أحد السهورى باشا وزير المعارف السورية السابق بصفته — في مبدأ الأمر — مندوباً عن وزارة العدل . وبعد استقالة الوزارة السابقة دعت اللجنة لماؤها طبعاً المادة ٦١ من اللائحة الداخلية ... ولا يصح اللجنة وهي تختم تقريرها إلا أن تسجل الكلمة القيمة التي أدلى بها مندوب الحكومة بسد الانتهاء من بحث المشروع وهي : إن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى القوانين الحديثة أن يتصل المشروع بهذه القوانين المختلفة اتصال ثبتي في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً لا يكون مرغوباً فيه . فن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يبنى في البيئة التي طبع فيها ، وبحيا حياة قوية توثق ملته بما يحيط به من ملائمت ، وما ينحصر لمن مقتضيات ، ينفصل اتصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذته ، أي كان هذا المصدر » .

« وقد حال الوقت الذي يكون لصره قضاء ذاتوقه مستقل . ولكيمن القضاء والفقه ، يل على كل منها ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولا يتبع له التفسير من حلول تنى بمجانبات البلد ، وتدابير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويؤكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضع المشروع من أن يكون لصر قانون قوي يستند إلى قضاء وهو لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور الذاتي للقانون » . « وترحب اللجنة بهذه الفرصة المالية التي ستتاح للقضاء والفقهاء في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجدوا للكان التفسير والاجتهاد والاستنباط ، بد أن اتك عنها غل التمدد بتأدية قانون واحد معين في نصوصه التشريعية وفي قضاء وفقهه ، بل بد أن أصبحا —

وأحيل المشروع بعد ذلك إلى مجلس الشيوخ ، فقرر في ٣ من شهر يونية سنة ١٩٤٦ إحالته إلى لجنة خاصة سميت لجنة القانون المدني ، برئاسة حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل بك وكييل المجلس (١) . ودرست اللجنة المشروع دراسة مستفيضة مدة عامين ، استمعت في خلالها إلى كثير من الآراء تقدمت إليها من جهات مختلفة (٢) . وأحالت المشروع بعد أن أقرته إلى مجلس

== في حل ، وقد اتخذت النصوص عن مصادرها ، من التقيد بتجاجة أي قانون معين . فخرجنا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفصيح » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٦ و ٢٧) .

(١) وأعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هم حضرات الشيوخ المحترمين محمد حلمي عيسى باشا ومحمد حسن المشاوي باشا وأحمد رمزي بك وجبال الدين أباظة بك ومحمد علي علوية باشا وسابا جيتشي باشا وخيرت راضي بك .

(٢) من هذه الآراء ملاحظات تقدم بها بعض حضرات مستشاري محكمة النقض وأسائنة القانون وقد ناقشتها اللجنة طويلا (أنظر تفصيل ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٩ - ١١٨) وقد جاء في محضر الجلسة الثالثة والخمسين للجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يأتي : « عرضت اللجنة في هذا الاجتماع إلى الاعتراضات التي أثارها بعض رجال القانون حول مصادر مشروع قانون المدني من حيث نظم أحكامه وتقسيمها وتطبيقها ، وقد رأت اللجنة أنها قد أوفت هذا الموضوع كله من البحث في تقريرها الذي رفع إلى المجلس . ولكن رغبة في زيادة الإيضاح وتأكيد المعنى الذي ذهبت إليه اللجنة في تقريرها المذكور عينت إلى حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل بك رئيسها ومقررها أمام المجلس أن يعلى بيان في هذا الموضوع أمام المجلس وهو كما يأتي : (أولا) أن الفالية النظمي من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال السنين الماضية ومطابقة للقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والفقهاء في مصر ، وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استشارة للصياغة وحدها . (ثانيا) أن الأحكام التي اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا من مصادر القانون ومن أن القاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك . (ثالثا) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تهيئات أجنبية في موضوعات جديدة مستفقة المؤسسات . حوالة الدين . ملكية الأسرة . اتحاد الملا . الإعارة المدني . نصفية التركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادة ، متسقة مع سائر أحكام المشروع ، وبذلك تكون قد انزلت عن مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامها تسامعها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وملائج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال .

وقد أقرت الحكومة هذا البيان . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١١٦ - ١١٧)

الشيوخ (١)، فأقره المجلس في ٢٨ من شهر يونيه سنة ١٩٤٨ (٢). وأحيل ثانية إلى مجلس النواب لإقرار التعديلات التي رأى مجلس الشيوخ إدخالها ، فأقرها مجلس النواب في ٥ من شهر يولية سنة ١٩٤٨ .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ مبادئ (مجموعة الأعمال الضمنية ١ ص ١١٩) : « بمجلة ٣ من يونية سنة ١٩٤٦ أحال المجلس إلى لجنة القانون المدني مشروع القانون المدني مدلا على الوجه الذي أقره مجلس النواب . وقد توفرت اللجنة على دراسة هذا المشروع في ٥٥ جلسة ابتداء من ٧ يناير سنة ١٩٤٧ لثاية ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، بحضور حضرات صاحب المالى عبد الرزاق النهوري باشا وزير المصارف الصومية وصاحب النزة عبده محمد عزم بك المستشار بمجلس الدولة والكتور حسن أحمد بنى دى وكيل كلية الحقوق بجامعة طرود الأول ، وأفترغت في تخصيص نصومه من الثانية ما أتاح لها أن تبتين مرامى أحكامه وتثبتن مبادئها لأوضاع الميافن واجبات المتصلين . وأدخلت من التعديلات ما أوحى به التجارب أو ما درج عليه القضاء أو ما تيسر من أمر المعاملات . ووجعت من الحكومة في هذه الناحية معاونة تسجل لتدويمها بالثناء والتقدير . ولم ينب عن اللجنة ما لتعديل القانون المدني من أثر بالغ في نطاق المعاملات وطلاق العلوم القانونية بوجه عام ، باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المنظمة لروابط الأفراد وسائر المتعاملين بأحكام القانون الخاص ، ويرجع القواعد التفصيلية المنظمة للعق الأكبر من هذه الروابط ، وذلك حرمت اللجنة كل الحرص على أن يتناول مجملها كل ما يتصل بسياسة التعديل ، ولم يكن رائد اللجنة في هذا البحث مجرد التفكير النظري أو التبدل التقني . ولم تقتصر في صده على ما كان لحضرات الأعضاء المتهتمين من كراه ، وإنما عمدت إلى استقصاء الواقع ، واستظهرت جميع الآراء ، وأسدت النظر في دليل كل منها ، واسترعدت في ذلك كله بالمفاتيح المتعلقة من دراسة نصوص المشروع ... » وقد أشرنا في أماكن أخرى إلى بعض فقرات من هذا التقرير القيم .

(٢) وما يذكر لمجلس النواب والشيوخ بالحمد والتقدير أنها أقرت المشروع في يسر بالرغم من أن كلا منهما نظره والهوره البرقانية عاروب نهايتها ، وقد استطاع كل من المجلسين أن يلائم ما بين إجراءاته الداخلية ومتطلبات النظر في تدين طويل ذي صفة فنية بارزة كالنتين المدني ، معاد على أن يلائمنا تلك من الرنة في السلما يجعله صالحا لمواجبة الأعمال الشرعية وفقا للبية كل منها . وعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ اقترح ثلاثة من حضرات الشيوخ المتهتمين تأجيل نظره للورة التالية ، ولكن المجلس رفض هذا الاقتراح ، فقبل بهذا الصرف المحكم لإقرار المشروع . ومن غريب المصادفت أن موقف المجلس هذا قد حاكى موقفا مماثلا لريشاج الألمانى عند نظره التنتين للمدى الألمانى من ١٩ يونيه إلى ٢٧ يونيه سنة ١٩٩٦ ، فقد تقدم بعض الأعضاء عند عرض المشروع الألمانى على المجلس بطلب تأجيل النظر فيه إلى الورة التالية . فأدرك المجلس خطر هذا التأجيل على التنتين ورفض الطلب ، وأقر المشروع في أيام فلال (أنظر سالى : مقدمة في دراسة القانون المدنى الألمانى باريس ١٩٠٤ ص ٣٦ - ص ٣٧)

هذا وقد قدم المشروع إلى مجلس الشيوخ حضرة الشيخ المتهتم محمد محمد الوكيل - وكيل المجلس ورئيس لجنة القانون المدنى به - بحضاب قيم ، ورد فيه ما يأتى :

وفي ١٦ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره .
ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ على أن يعمل
به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى من اليوم الذى توحيد فيه القضاء
المصرى بزوال النظام المختلط ، ويبلغ عدد مواد ١١٤٩ مادة (١) .

« في منتصف أكتوبر من السنة المقبلة يشرق على القضاء المصرى عهد جديد تتشكل فيه
البلاد سيادتها القضائية . وبهذا تتحقق لنا أمنية من أعز أمنياتنا . ففي هذا التاريخ تختم مصر
مرحلة مريرة في تاريخها ، وتفتتح مرحلة أخرى كريمة ، يحفز المصريين فيها فوزهم بالمق إلى
النهوض بجعل جسم التبعات وعظم الشوائب . وما هي مصر تتخذ الأوبة لمواجهة ما تقتضيه
هذه المرحلة ، فتتجر إصلاحات قضائية ضخمة كانت قد تراخت — مضطرة — في إنجلائها
حلبة طويلة من جراء القيود التي كان نظام الامتيازات يفرضها . وفي هذه الدورة تعرض على
حضرانكم تشريعات هامة أساسية ، تناولتها يد الإصلاح ، من بينها القانون المدني . وقد
ظل هذا القانون — منذ أن وضع في سنتي ١٨٧٦ و ١٨٨٣ — على حاله فيما خلا تعديلات
جزئية . واليوم يعرض على حضرانكم مشروع تنقيح . وقد تولى المصريون أنفسهم إعداد
وتنقيح ، وبمثل البرهان بالرأى فيه . وبهذا يكون التقنين المدني مصرياً في أسلوبه ومبادئه ،
مصرياً في وضعه وغايته . وهل أبلغ من أن يطلق القضاء المصرى — في الوقت الذى يغمره
فيه السلطان — تشريعات مصرى الأركان والبنان تفقرن سيادتنا القضائية بسيادتنا التشريعية ؟ »
« وما يجب أن أشير إليه في هذا المقام أن المشروع المروض لهم على دعامتين رئيسيتين :
(الأولى) الاحتفاظ بالصالح من أحكام التقنين القائم لأبعد أمدود ، فما من حكم صالح من هذه
الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيب التهذيب الواجب . (الثانية) تخليص ما استقر من المبادئ في
أحكام القضاء المصرى مع ترجيح ما كان منها خليفاً بالتريبط عند اختلاف الأحكام . وعلى هذين
الأساسين هم المشروع أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه ، فانتزع يراث الماضي وجعل
الانتقال من الوضع القديم إلى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعي لا يحتاج أمره من هذا الوجه
عن أى إصلاح يستبدل الحبر بالذى هو أدنى في غير ظرف أو عطف . وعلى هذا النحو لا يقطع
المشروع الصلة بين الماضي والماضى ، وإنما هو ييسر الانتقال بما استقر من صالح الأحكام في
التقنين الحالي وفي أحكام القضاء ، ويصقلها صقلا يجعلها أقرب مثالا وأوضح نهجا . وقد عمد
المشروع فوق ذلك إلى إحكام التلاؤم بين التقنين الذى استحدثته من القواعد وبين المبادئ العامة
التي أتبها الناس في السنين من قبل . وبهذا ييسر سبيل الانتقال من الإصلاح . (مجموعة
الأعمال القضائية ١ ص ١٤١ — ص ١٤٢ وص ١٥٤) .

(١) الآن وقد فرغت من عرض المراحل المختلفة التي مر عليها التقنين المدني الجديد ،
أقول كلمة كنت قد خست بها مقال الذى نصرته بمناسبة العيد الخمسين للحاكم الوطنية في
وجوب تنقيح القانون المدني . وهي كلمة كتبها منذ سنة أعوام . وما كنت أعلم وقت ذلك
أن مولودته أملا يطوف بالنفس صبيح بعد وقت غير طويل حقيقة واقعة ، وهذا ما كتبه في
خاتم المقال المشار إليه ، أطلقه هنا تحية فؤاد الذين ذكرت أسماءهم . وقد عاونوا مثالمهم على
=

لمخراج التقنين الجديد :

وفي ٢٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٨ صدر قرار وزير العدل بتشكيل لجنة برئاسة الأستاذ سليمان حافظ بك وكيل وزارة العدل وعضوية تسعة من رجال القانون (١) لجمع الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد ونشرها على جمهور المشتغلين بالقانون .

وقد أُنجزت اللجنة مهمتها ، بعد أن جمعت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى والمحاضر والتقارير المختلفة (٢) ، ووزعت ماورد في هذه الوثائق على نصوص التقنين .

== على أن كل ما تقدم ، إذا دل على أن تقنيننا مبيح وأن مراجعته ضرورية ، فليس مناه أن المراجعة قد مهدت سبلها ، وأصبح البت في القيام بها أمراً ميسوراً . فإن الرغبة مهما كانت صادقة في عمل تقنين هي شيء آخر غير عمل التقنين بالفعل . وتدل التجارب في مسائل التقنين على أن الرغبة وحدها لا تكفى شيئاً . بل أن توافر الوسائل الفنية ذاتها لا يمكن . فإن التقنين أمر يقوم على النشاط ، وهو روحه الحافزة ، فإذا انعدم هذا النشاط أو فر ، سار التقنين سيراً بطيئاً مكتوفاً ، يصير عند كل منرج ، ويصطدم في كل عقبة ، ولذا يصل إلى نهاية الطريق ... فهل لمصر أن تؤجل في عهد نهبتها المأخرة أن تضم إلى انتماءاتها في النشاط العلمي والنشاط الاقتصادى انتماءاً جديداً في النشاط القانونى ، فتصل على إخراج تقنين مدنى جديد ... أرجو أن يكون ذلك قريباً ... » (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة من ١٤٣ - ص ١٤٤) .

(١) وم الأستاذ عبد محمد عزم بك المستشار بمجلس الشورى والأستاذ محمد أحمد غنيم بك مدير إدارة التقنين القضائى بوزارة العدل والأستاذ بدوى حمودة بك المدير العام لإدارة التصريح بوزارة العدل والأستاذ مصطفى كامل اسماعيل القاضي بمحكمة الاسكندرية المختلطة والدكتور سليمان مرقس الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والدكتور شفيق شحاته الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والأستاذ محمد رفعت عضو إدارة التصريح بوزارة العدل والأستاذ أحمد عثمان حزاوى عضو إدارة التصريح بوزارة العدل والأستاذ يحيى خير الدين سكرتير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ والدكتور على سليمان الموظف بوزارة العدل .

(٢) وهذه هي الوثائق التى جمعتها اللجنة ووزعتها على نصوص القانون ، فوضعت تحت كل نص ما اشتملت عليه هذه الوثائق في شأن هذا النص :

- (١) للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
- (٢) محاضر اللجنة التى راجعت المشروع التمهيدى .
- (٣) للمذكرة الإيضاحية للمشروع التام .
- (٤) تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب .
- (٥) محاضر جلسات مجلس النواب .
- (٦) محاضر جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
- (٧) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
- (٨) محاضر جلسات مجلس الشيوخ .

ووقعت مجموعة الأعمال التحضيرية في أجزاء سبعة (١) ، هي التي نقل عنها في هذا الكتاب ما نرى ضرورة الإشارة إليه من هذه الأعمال (٢) .

== وقد أشير لزاء كل نس إل ما يجابه من النصوص في القانون المدني القديم وفي بعض التقنيات الحديثة وإلى ما عسى أن يكون قد حذف من نصوص التشريع التمهيدى التى تتمثل بهذا النص .

(١) الجزء الأول فى الباب التمهيدى ، والمجزآن الثانى والثالث فى النظرية العامة للالتزام ، والمجزآن الرابع والخامس فى العقود المسماة ، والمجزء السادس فى الملكية والحقوق البينية الأصلية ، والمجزء السابع فى التأمينات أى الحقوق البينية التبعة .

(٢) هنا وقد أعقب صدور التقنين المدني الجديد أن ألفت لجنة لمراجعة الترجمة الفرنسية لهذا التقنين ، برئاسة الأستاذ سليمان حافظ بك وعضوية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل والدكتور سليمان مرقس والدكتور شفيق شعاعته والدكتور عزى على سليمان . وقد أنجزت هذه اللجنة مهمتها ، ونشرت الترجمة الفرنسية التى راحتها .

(٢)

القواعد التي قام عليها التنقيح

كيف عولجت عيوب التقنين القديم — مصادر التنقيح وطرق التنقيح

في التقنين الجديد

١ — كيف عولجت عيوب التقنين القديم

(استعراض عام للتقنين الجديد)

كان الملم الأول لواضعي التقنين الجديد هو أن يعالجوا عيوب التقنين القديم سواء في الشكل أو في الموضوع .

١ — كيف عولجت العيوب الشكلية :

رأينا أن التقنين القديم كان معيباً في تربيته ، ومعيباً في ازدواج لغته وضعف أسلوبه . فلتنظر كيف عولجت هذه العيوب في التقنين الجديد .

(أولاً) التبريد :

تتمثلت التبريد في الأمر الأول الذي نظر فيه واضعو المشروع ، وهم يستفتحون عملهم ، هو أن يبحثوا كيف يكون تقسيم التقنين الجديد ، وكيف يبوب ، وكيف ترتب نصوصه في كل باب ، وبعبارة أخرى : ما هي الخطة plan التي يوضع التقنين الجديد على مقتضاها . وذلك بعد أن وضح أن الخطة التي قام عليها التقنين القديم . بما تحويه من عيوب وما يشوبها من نقص ، لاتصلح أن يقوم عليها التقنين الجديد .

ولكنهم مالبثوا أن تبينوا أن هذا السؤال يسبقه سؤال آخر ، هو : أيشتمل التقنين الجديد على كل موضوعات القانون المدني ، فيحتوى قانون الأسرة كما يحتوى قانون المعاملات ؟ قامت صعوبات واضحة حالت دون أن يندرج في

التقنين الجديد أحكام الأسرة ، فإن هذه الأحكام ليس مصلها فحسب الشريعة الإسلامية ، بل إن لها مصادر أخرى دينية ، وهي لم توحّد في كل أجزائها بالنسبة إلى جميع المصريين . وحلت في أحكام الصغير والمجنون ، وورّدت إلى حد كبير في أحكام الميراث والوصية ، ولكنها لم توحّد في الزواج والطلاق والنسب . فرأى واضعو المشروع ألا يربكوا التقنين المدني الجديد بقضايا يتعذر تدليلها ، واعتزموا الاختصار على أحكام المعاملات . واستظهروا فيها رسموه لأنفسهم من ذلك اتجاهات واضحة بدت في كثير من التقنينات الحديثة . فهذا التقنين البولوني : والتقنين اللباني ، والتقنين السوفييتي في المعاملات : بل والتقنين السويسري في الالتزامات ، وكلها من أحدث التقنينات وأشهرها ، لم يندرج فيها قانون الأسرة ، وظل هذا القانون وحده ، أو هو وقانون الحقوق العينية ، منفصلا عن سائر أجزاء القانون المدني . فلا تريب إذن على واضعي التقنين الجديد إذا هم أبقوا قانون الأسرة منفصلا ، وملابسات هذا القانون معروفة (١) .

قسم عام للتقنين الجديد : وإذ رسم واضعو التقنين الجديد حدود هذا التقنين ومدى ما يشتمل عليه من موضوعات ، برز أمامهم سؤال جديد فرضته سيادة التقسيم والتبويب . فهل يكون للتقنين الجديد قسم عام على غرار هذا القسم الذي اشتمل عليه التقنين الألماني ، وسأبره فيه كثير من التقنينات الحديثة ؟ كان أمام واضعي التقنين الجديد مثلاً متعارضان : مثل التقنين الألماني وما تبعه من تقنينات أخرى ، ومثل التقنين الفرنسي وسائر التقنينات اللاتينية .

فالتقنينات اللاتينية لا تشتمل عادة على قسم عام : وإنما تجزئ به بفصل تمهيلي قصير يتناول مصادر القانون وبعض قواعد موجزة في تنازع القوانين

(١) يبد أنه إذا عز أن يجمع تقنين واحد للمعاملات والأسرة معاً ، فلا أقل من أن يجمع شتات قانون الأسرة في تقنين موحد يقوم إلى جانب التقنين المدني الجديد . والمطلب يبر في هذا الشأن ، فقد وضع تقنين للميراث ، وآخر للوصية ، وثالث للزواج ، ورابع للحاكم المسية (الصغير والمجنون) ، ولم يبق إلا تعيين خلس الزواج والطلاق والنسب فتجمع بذلك أجزاء قانون الأسرة . وبهذا كتاب واحد . والأمل مخوف في أن يكون ذلك قريباً .

أما التفتين الألماني فقد حوى قسماً عاماً منها اشتمل على مائتين وأربعين نصاً ، تناول فيها كثيراً من الموضوعات العامة ، وخصص كثيراً من هذه النصوص لنظرية العمل القانوني (acte juridique) فعرض فيها لتصيلات كثيرة مما يتدرج عادة في النصوص الخاصة بالعقد . وكذلك فعل التفتين الصيني ، وقد اشتمل قسمه العام على ١٥٢ مادة . وحذا حذو التفتين الألماني التفتين الأرجنتيني (٢٣١ مادة) والتفتين البرازيلي (١٧٤ مادة) وتفتين السوفيت (٥١ مادة) . وهذه التفتينات جميعها تناولت في هذا القسم العام جانباً من المسائل العامة كمصادر القانون والتصف في استعمال الحق وانشخاص الطبيعي والشخص المعنوي وتقسيم الأموال ، وأضافت إلى ذلك نصوصاً كثيرة في نظرية العمل القانوني .

لم يتردد واضعو التفتين الجديد طويلاً بين هذين المثلين . فقد رأوا أن مثل التفتينات اللاتينية من حيث الاكتفاء بفصل قصير في الأحكام العامة لم يعد هو المثل المتبع في التفتينات الحديثة . ولكنهم لم يأخذوا بمثل التفتين الألماني كاملاً ، ولم يدرجوا في القسم العام نصوصاً تناول أحكام العمل القانوني . فإن أصلح مكان هذه النصوص في تفتين ذى صبغة عملية هو الفصل الذى يخصص للعقد . ذلك أن العقد هو أهم الأعمال القانونية . فإذا ذكرت أحكامه في القسم العام بعنوان العمل القانوني ، أصبح واضع المشروع بين أن ينفصلوا هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، فيفقد هذا الفصل أهم الأحكام التى تتدرج عادة فيه ، وبين أن يعيدوا ذكرها ، فيكون هذا تكراراً لما سبق . والخطوة العملية في ذلك هو أن تذكر هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، وبحال عليها فيما يخص الأعمال القانونية الأخرى . هكذا فعل تفتين الالتزامات السويسرى . وقد أثر التفتين الجديد مسيرته في هذه الخطوة العملية الحكيمة (١) .

وما كان بعد ذلك من مسائل عامة فقد احتواها الباب التمهيدي للتفتين الجديد . ويشتمل هذا الباب على ثمانية وثمانين نصاً ، تناولت في الفصل الأول منها القانون وتطبيقه . فعددت مصادر القانون . وقررت مبدأ التصف في استعمال

(١) أنظر مع ذلك المشروع الذى يمد لتفتين الفرنسى وما دار من مناقشات طويلة حول هذا الموضوع (المجلد الأول من الأعمال التحضيرية للجنة تنقيح التفتين الدلى سنة ١٩٤٥ سنة ١٩٤٦ من ٩٧ وما بعدها) .

الحق ، وذكرت القواعد الخاصة بتنزع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان . وتناولت في الفصل الثاني الأشخاص ، فقصت أحكام الشخص الطبيعي وأحكام الشخص المعنوي بما يندرج فيه من جمعيات ومؤسسات . وخصصت الفصل الثالث لتقسيم الأشياء والأموال .

التقسيم الرئيسي للقانون البربري : ويعد أن فرغ واضعو التقنين الجديد من تحديد مشتملات الباب التمهيدي ، كان عليهم أن يرسموا التقنين تقسيماته الرئيسية . وقد توخوا في هذا التقسيم أن يعالجوا عيوب التقنين القديم . فقد قلنا : (أولاً) أن التقنين القديم جمع في الكتاب الأول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الأولى فصل هذه عن تلك ، فإن الأموال تكون محلاً للحقوق العينية والحقوق الشخصية على السواء . وهذا ما فعله التقنين الجديد . فقد وضع تقسيم الأموال في الباب التمهيدي ، فهياً بذلك للفكرة الصحيحة من أن المال يصلح محلاً للحقوق المالية كافة .

(ثانياً) أن التقنين القديم فصل في قسمين مستقلين نظرية الالتزام عن العقود المسماة ، ولم يكن هناك محل لهذا الفصل ، فالعقود المسماة إنما هي تطبيق من تطبيقات نظرية الالتزام . وقد توخى التقنين الجديد أن يجمع بين نظرية الالتزام والعقود المسماة في قسم واحد ، جعله القسم الأول من التقنين . والبدء بنظرية الالتزام في التقنين الجديد هو خير من البدء بالحقوق العينية الأصلية في التقنين القديم . فإن نظرية الالتزام هي مفتاح القانون المدني ، بل هي مفتاح القانون بوجه عام . فالبدء بها أمر تستوجبه البهامة ، وتقتضيه طبيعة الأشياء .

(ثالثاً) أن التقنين القديم خطط في كتابه الرابع ، الذي عنوانه بحقوق الدائنين ، بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل . وقد تجنب التقنين الجديد هذا الخلط ، فترك إثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل لقانون خاص هو قانون الشهر العقاري ، توفراً للإصلاح الجوهري الذي سيم في هذا الموضوع بعد إدخال السجل العقاري . واستبقى من هذه الموضوعات التأمينات العينية ، فجعلها بعنوان الحقوق العينية التبعية في كتاب رابع ، يجميء بعد الكتاب الثالث في الحقوق العينية الأصلية . وجمع بين الكتابين في قسم واحد — هو القسم الثاني — لما بينهما من الصلة الوثيقة . ولأورد التأمينات

العينة كاملة ، فأدرج فيها رهن الحيازة على خلاف ما فعل التقنين القديم ، وحذف منها الحبس إذ لم يعتبره حقاً عينياً .
ويخلص من ذلك أن التقسيم الرئيسي للتقنين الجديد يفضل كثيراً من ناحية المطلق تقسيم التقنين القديم . فالتقنين الجديد يبدأ بباب تمهيدى . ثم ينقسم إلى قسمين ، أحدهما للحقوق الشخصية ، والثاني للحقوق العينية . ويتجزأ القسم الأول إلى كتابين ، أحدهما لنظرية الالتزام ، والثاني للعقود المسماة . وكذلك يتجزأ القسم الثاني إلى كتابين آخرين ، أحدهما للحقوق العينية الأصلية . والثاني للحقوق العينية التبعية .

التبويب التفصيلي للتقنين الجديد : وفي تبويب الأقسام الرئيسية .
يفضل التقنين الجديد التقنين القديم .

فالكتاب الأول من التقنين الجديد الذى خصص لنظرية الالتزام . لوحظ في تبويبه تجنب العيوب التى وقع فيها التقنين القديم . وقد تقدم أن هذا التقنين بدأ بنظرية الالتزام في ذاته . ثم ركها ، قبل أن يفرغ منها . إلى مصادر الالتزام . فتناول العقد ، ثم جمع بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثم هو : بعد أن يفرغ من مصادر الالتزام ، يعود إلى نظرية الالتزام في ذاته ، فيتناول أسباب انقضاءه ، ويورد هذه الأسباب في غير ترتيب منطقي ثم يختم نظرية الالتزام بباب مشوش في طرق إثباته . ويرك انتقال الالتزام - ولا يعرف منه إلا إحدى صورته - إلى جهة متزوية في الفصل الأخير من عقد البيع . أما التقنين الجديد فيبوب الكتاب الأول في نظرية الالتزام تبويماً منطقياً علمياً في وقت واحد ، فيجعل الباب الأول من هذا الكتاب لمصادر الالتزام . ويورد هذه المصادر مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً فيبدأ بالعقد ، ويتناول أركانه قائله فاعلها . وينقل بعد ذلك إلى الإرادة المنفردة (١) فالعمل غير المشروع فالإثراء بلا سبب ،

(١) وسرى أنه بعد أن حذف نص من المشروع التمهيدى يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، واقتصر المشروع التمهيدى على حالات معينة ينشأ الالتزام فيها من الإرادة المنفردة ، لم تعد الالتزامات الناشئة من الإرادة المنفردة في هذه الحالات معينة إلا التزامات تنشأ بنس في القانون . وسرتب على ذلك أن الإرادة المنفردة في التقنين الجديد ليست مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

فللقانون . وهو في كل فصل من هذه الفصول يرتب النصوص ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه تسلسلاً عليه المنطق والعمل . ثم يجعل الباب الثاني لآثار الالتزام فيتناول التنفيذ المعنى ، والتنفيذ بطريق التحويل ، ويعرض بعد ذلك لما يكفل حقوق الدائنين العالدين ، فيتناول الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار المدني . وهذا الباب على ما في تفسيره من مشقة ، قد رتب نصوصه ترتيباً قل أن نجد له نظيراً في التقنينات الحديثة . ثم يعرض الباب الثالث للأوصاف المعدلة لأثر الالتزام فيتناول الشرط والأجل ثم ينتقل إلى تمدد عمل الالتزام فيتكلم في الالتزام التخيري والالتزام البدلي ، وإلى تمدد طرق الالتزام فيتكلم في التضامن وعدم القابلية للانقسام . ثم يخصص الباب الرابع لانتقال الالتزام ، فيتناول حوالة الحق ثم حوالة الدين ، فيستكمل بذلك نقصاً في القانون القديم كان ملحوظاً . ثم يعرض الباب الخامس لانقضاء الالتزام : فيرتب أسباب الانقضاء ترتيباً علمياً معقولاً . ويعتم التقنين الجديد نظرية الالتزام بباب سادس في إثبات الالتزام (١) .

والكتاب الثاني من التقنين الجديد خصص للعقود المسماة . وقد قدمنا أن التقنين القديم أورد هذه العقود في غير ترتيب واضح . أما التقنين الجديد فقد بوبها تبويباً تسهل متابعتها . فجعل الباب الأول للعقود التي تقع على الملكية ، وتناول فيه البيع فالتقايضة فالهبة فالشركة فالقرض فالصالح . وجعل الباب الثاني للعقود التي تقع على الانتفاع ، وتناول فيه الإيجار فالعارية . وجعل الباب الثالث للعقود الواردة على العمل ، وتناول فيه ائقاوله والزام المرافق العامة فعقد العمل فالوكالة فالوديعة فالحراسة . وجعل الباب الرابع لعقود الزرع ، وتناول فيه القامرة والرهان فالمرتب مدى الحياة فعقد التأمين . وختم أبواب الكتاب الثاني بباب خامس في عقد الكفالة .

(١) ولولا رغبة مشروعة في عدم الابتعاد كثيراً عن القسم التقليدي لصح أن يأتي باب إثبات الالتزام عقب الباب الأول الذي تناول مصادر الالتزام . فإن الإثبات إنما يرد على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته ، ويجب أن يسبق أثر الالتزام وانتقاله وانقضائه ، ولجز أن يبدأ الكلام في إثبات الالتزام بالإقرار فالتأمين فالكفالة — وهي أقوى طرق الإثبات — لينتهي بأشرف الطرق وهي البينة والقرائن .

والكتاب الثالث من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية الأصلية . وقد تقدم أن التقنين القديم في هذا الموضوع خلط بين قيود الملكية وحقوق الارتفاق ، ولم يعرض للملكية في الشيوع ، ولم يراع أى ترتيب منطقي أو عملي في إيراد أسباب كسب الملكية . أما التقنين الجديد فجعل الباب الأول من هذا الكتاب لحق الملكية . فتكلم في حق الملكية بوجه عام . متناولاً نطاق هذا الحق ووسائل حمايته والقيود التي ترد عليه مميزاً إياها عن حقوق الارتفاق . ثم خصص للملكية الشائعة نصوصاً مستفيضة . وفصل أحكامها تفصيلاً مبنياً . وانتقل بعد ذلك إلى أسباب كسب الملكية فأوردتها في ترتيب ذي صبغة عملية . فالملكية إما أن تكسب ابتداء بالاستيلاء . أو تنتقل من مالك إلى آخر . ويكون ذلك تارة بسبب الموت في الميراث والوصية ، وطوراً ما بين الأحياء في الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة (١) . وجعل الباب الثاني للحقوق المترعة عن حق الملكية ، فتناول هذا الباب حق الانتفاع بحق الحكر ، فحق الارتفاق .

والكتاب الرابع من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية التبعية ، وهي التأمينات العينية . فوردت هذه التأمينات في أبواب أربعة . الباب الأول في الرهن الرسمي : والثاني في حق الاختصاص ، والثالث في رهن الحيازة ، والرابع في حقوق الامتياز .

كل هذا والتقنين الجديد ، في الترتيب التفضيلي لكل باب من أبوابه ، يجري ، خلافاً للتقنين القديم : على نحو من التسلسل المنطقي ومن وضوح الفكرة بحيث يسهل على الباحث أن يدرك ما ينظم مسائله المتعاقبة من ارتباط وتناسق . وبحيث تيسر له متابعتها في غير عناء .

(ثانياً) اللغة والأسلوب :

ولا شك في أن التقنين الجديد . في لغته وفي أسلوبه التشريعي . أرق من التقنين القديم . فقد أفاد من رق لغة القانون وأسلوبه في مصر طوال سبعين عاماً حتى لقد أصبح التقنينان القديم والجديد يمثلان عصرين مختلفين جد الاختلاف في اللغة وفي الأسلوب .

(١) ولولا أن القديم ذو صبغة عملية لوجب تقديم البعد وهو عمل قانوني ، على الاستيلاء وهي واقعة مادية .

نضيف إلى ذلك أن التقنين الجديد خلا من عيب ازدواج اللغة . فالنص العربي هو النص الرسمي والنص الأصلي في وقت معا .
وبرىء التقنين الجديد من هذا الضعف في التعبير وهذه الزكافة في الأسلوب ،
الذين كانا يترزان بكثير من نصوص التقنين القديم إلى منزلة العلى من الألفاظ .
ولم تعد المصطلحات القانونية تضطرب فيه وتعارض ، بل إن المصطلح القانوني
ليرد في جميع النصوص لفظا واحدا لا يتبدل ولا يتغير .

ب - كيف عولجت العيوب الموضوعية :

وقد عالج التقنين الجديد العيوب الموضوعية التي كانت متفشية في التقنين
القديم . فاستحدث أحكاما جديدة ، واستوفى مسائل ناقصة ، وجمع نصوصا
متناثرة .

استحدث التقنين الجديد أحكاما كانت تنقص التقنين القديم . من ذلك
القواعد المتعلقة بتنزع القوانين من حيث الزمان والمكان ، والشخصية المعنوية
وما ينصل بها من تنظيم للجمعيات والمؤسسات ، وحوالة الدين ، والتزام المرافق
العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين ، وعقد الجبة ، والحكر ، وإيجار الوقف .
ويسبق هذا كله في الأهمية موضوعان جديدان كنا في أشد الحاجة إليهما ، هما
تنظيم الإعسار المدني وتصفية التركة .

واستوفى التقنين الجديد مسائل كانت في التقنين القديم شديدة الاقتضاب
على . الما من خطر . من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد ، والدعوى البوليصية ،
والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولة العقدية ، والمسئولة التصيرية ، والحراسة ،
والملكية الشائعة ، ورهن الحيازة ، وحق الاختصاص .

وجمع التقنين الجديد في بعض الموضوعات ما تنائر من أحكامها في جهات
متفرقة . فلم شتاها . وعرضها جملة واحدة بحيث يتكشف ما بين أجزائها من
صلات وثيقة . من ذلك موضوع الحيازة . وحقوق الارتفاق . وحقوق الامتياز ،
والحق في الحبس . والنيابة في التعاقد .

ونكتفي هنا بهذه الإشارة . وسنتناول بالتفصيل هذه المسائل عند الكلام
في التفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم .

٢ - مصادر التنقيح وطرق التفسير في القانون الجديد

يمينا أن تبين هنا المصادر التي استقى منها التنقيح ، وأن نرم إلى جانب كل مصدر السياسة التي يتوخاها القاضي والفقهاء في تفسير النصوص التي استقيت من هذا المصدر .

ومصادر التنقيح ثلاثة :

١ - أولها وأهمها نصوص التقنين المدني القديم ، بعد أن هذبت ، وأضيف إليها أحكام القضاء المصري طوال سبعين سنة ، بقي فيها هذا القضاء يعمل في تفسير هذه النصوص وتطبيقها . والنصوص التي استقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد . ومن ثم نرى أن هذا القانون لم يحدث انقلاباً في المعاملات المدنية . فلا تزال القواعد المدنية القديمة ، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء ، هي السائدة في التقنين الجديد .

ب - وثاني هذه المصادر هو الفقه الإسلامي . فقد استقى التقنين الجديد ما أخذ التقنين القديم عن هذا الفقه ، وأضاف مسائل جديدة إلى ما سبق أخذه . ج - وثالث هذه المصادر هي التقنينات الحديثة . فقد استحدث القانون الجديد موضوعات أخذها عن هذه التقنينات ، واستأنس في موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنينات من تقدم في الصياغة وروقي في الأسلوب التشريعي . فانضغ إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين المدني الحديث .

١ - نصوص التقنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري

أولاً - ما الذي استقاءه التقنين الجديد من هذا المصدر :

قدما أن نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصري هي أهم مصدر استقى منه التقنين الجديد (١) .

(١) جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا الصدد ما يأتي : « وقد خرجت اللجنة من هذه الدراسة بنتيجتين جوهريتين من الخبر إيرادهما قبل الاستطرداف بيان ما انتهى إليه البحث : (الأول) أن المشروع لم يخرج على التقاليد التشريعية التي استقرت في البلاد منذ إدخال نظام التقنينات عند إنشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٦٦ والمحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٢ . فهو من هذه الناحية لا يخلط الملة بين الحاضر والمضى ، ولكنه يتخذ الصالح =

وقد هذب التقنين الجديد نصوص التقنين القديم في بعض النظريات العامة : كالغلط والسبب والاشتراط لمصلحة الغير والقضالة ، وفي بعض المسائل التفصيلية : كوقف التقادم والبيع في مرض الموت والغلط في عقد المصلح .

وقد التقنين الجديد أحكام القضاء المصري في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك . فمن النظريات العامة التي قتها التصرف في استهلاك الحق ، وتكوين العقد ، والاستغلال ، والحوادث الطارئة ، والالتزام الطبيعي ، والتهديدات المالية ، والصورية ، والملكية الشائعة ، والأعمال القانونية الصادرة في مرض الموت ، وبشرط عدم التصرف . ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ، وبشرط الجزائي ، وتحديد الحساب الجاري ، وتقادم الاستحقاق في الوقف ، واستمرار الشركة مع القصر ، وضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وحريق العين المؤجرة ، وحقوق الجوار ، وهرن الحصة الشائعة .

وقد قلنا أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد استقيت من هذا المصدر إذ أن التقنين الجديد قد أتى على كل ما هو صالح من مبادئ التقنين القديم ، بعد أن هذب صياغة هذه النصوص ، وأضاف إليها ما انتهى إليه اجتهاد القضاء في تطبيق هذه المبادئ . وقد أبرزت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا المعنى في تقريرها إذ تقول : « إن المصادر التي استمد منها المشروع

== من أوضاع هذا الماضي أساساً له ويصعد من الأحكام ما اقتضت ضرورات التطور ، ويتمد في ذلك على الثروة التي أسفر عنها اجتهاد القضاء المصري بوجه خاص ، ويجاري الفقه الإسلامي في نواح مختلفة ، ويستمد بالقدر الذي يتلاءم مع تلك الأوضاع خصوصاً من أحدث التشريعات الأجنبية . وهذه المادة يعتبر المشروع صورة صادقة لتطور الظروف الاجتماعية وللتنظيم العلمي الذي بلغه علم القانون في مصر في مدى نصف قرن من الزمان . (أما النتيجة الثانية) — وترتب على النتيجة الأولى — فهي أن تطبيق الأحكام التي استعصمتها المشروع ليس من شأنه أن يفضي إلى قلب أوضاع الصلح التي أقبلها الناس ، أو أن يخل باستمرار المعاملات . وإنما هو على التقدير من ذلك يجب هذه الأوضاع بإصلاح طال ترقبه . والواقع أن الحديث من أحكام هذا المشروع قد أحكم التألف بينه وبين القديم من القواعد الكلية على نحو يجعل انتقال العاملين من سلطان القانون القديم إلى سلطان القانون الجديد أمراً يكتسب التطور الطبيعي للظروف . ثم إن المشروع في هذين ما استقر عليه القضاء من مبادئ وفي تدارك أوجه التماس في التقنين الحالي قد نوحى أن يعمل الجمع وانحاضاً أمام العاملين ليكمل استمرار المعاملات على أسس صلتها بالتجارب ، فرسخت في النفوس قبل أن تتخذ مكانها في النصوص المروضة » (مجموعة الأعمال التشريعية ١ ، ص ١١٩ — ١٢٠) .

أحكامه هي التتبع الحالى القديم وما صدر فى شأنه من أحكام المحاكم المصرية أولاً . وما من نص من نصوص هذا التتبع إلا وأشار إليه معرض إيضاح النص المقابل له فى المشروع فى المذكرات الإيضاحية التى قدمتها وزارة العدل ، وما من مبدأ استقر القضاء على الأخذ به فى تفسير هذه النصوص إلا عرضته هذه المذكرات . وهي فى الحالى تنوّه بالإبقاء على الحكم الوارد فى النص ، أو بالتعديل الذى أثرت إدخاله على صياغته تمثيلاً مع أحكام القضاء أو آراء الفقه ، أو بالإضافة التى رأت إثباتها أخذاً بهذه الآراء أو تلك الأحكام . فالمشروع من هذه الناحية قد أتى على كل ما هو صالح من قواعد التتبع الحالى وإن كان قد هذب صياغتها تهذيباً يتلّام مع تطور اللغة الاصطلاحية فى مصر وأساليب الصياغة فيها . وهو بهذه المثابة قد احتفظ بالقواعد العامة التى تضمنها هذا التتبع فى الجملة ، وأضاف إليها ما اجتهد القضاء فى إقراره على أساس هذه المبادئ . فلا هو يقطع الصلة بين الماضى والحاضر ، ولا هو يضيّع ثروة القضاء من المبادئ والتقاليد ، وإنما هو على التقيض من ذلك يضمن على ما استقر من الأوضاع فى الماضى صبغة جديدة من الإصلاح تبره من العيوب التى خالطته ، وتكفل الانتفاع منه على أمثل وجه (١) .

ثانياً - كيف نفسر النصوص التى استقيت من القضاء المصرى والتتبع المصرى القديم :

وبعينا أن نبين هنا فى وضوح أن النصوص التى استقيت من هذا المصدر يجب أن تفسر فى ضوء القضاء والفقه اللذين نشأ فى مصر فى ظل التتبع القديم ، وبذلك يتصل الحاضر بالماضى ، ولا تتقطع سلسلة التطور . وسيرى القارىء أننا نشير فى هذا الكتاب إلى القضاء المصرى الذى ثبت فى عهد التتبع القديم ، مستدين إليه فى تفسير النصوص الجديدة ، كما لو كان هذا القضاء قد صدر فى عهد التتبع الجديد مفسراً لهذه النصوص . بل ولا نتكلف عناء التنبيه إلى أن القضاء الذى نستشهد به إنما هو قضاء قد صدر تطبيقاً للنصوص القديمة ، فإلى هذا الحد اندمجت المخالفة بين القديم والجديد .

ونستعرض أمثلة تبين كيف تفسر نصوص التقنين الجديد بالرجوع إلى القضاء والفقه القديمين، ونختار توجيهاً للإيجاز أمثلة أربعة ، هي النصوص المتعلقة بالاستقلال ، وبالشروط لمصلحة الغير ، وبالتهديد المالي ، وبالشروط الجزائي .

١ - الاستقلال :

كان القضاء المصري في ظل التقنين القديم يقف حائراً أمام ظاهرة اجتماعية كانت في أشد الحاجة إلى علاج تشريعي . فقد كانت أفضية ترفع أمامه عن الزوج يبلغ سن الشيخوخة ، وينفذ امرأته الأولى ليتزوج من أخرى يقع تحت سلطانها ، فينزل لها أولاده منها عن كل ماله . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الولد يضيئ عليه أبوه ، ثم يموت الأب عن مال كثير يطلق الابن يده فيه فيلدهه ، والمرايون يستكثبون ضحيتهم العقود الباهظة متوسلين إلى ذلك بمختلف الترائع والحيل . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الزوجة تسلم زلمها إلى هواها ، وتضحي الطائل من المال يبتزّه الزوج ليخلى لها السبيل إلى الزواج من غيره . هذه الأفضية وغيرها كانت ترفع أمام القضاء المصري ، فكان يلجأ فيها إلى حلول يهديه إليها اجتهاده دون عون من النصوص التشريعية . فصاره يلجأ إلى نظرية الإغواء والتسلط على الإرادة (séduction , captation) وليس لها سند تشريعي ، وطوراً يُلجأ إلى نظرية الإكراه وضوابط الإكراه تنصق بهذه الأفضية ، بل لقد ذهب في حالة من هذه الحالات إلى الأخذ بنظرية الخلع في الفقه الإسلامي . ومهما يكن من أمر هذا الاضطراب والتقلقل ، فقد كان القضاء المصري سليم القنطرة ، حسن التقدير ، إذ كان ينظر دائماً بعين الرؤية إلى العقود التي تبرم في مثل هذه الظروف ، فيطلها أو ينقص منها . ولم يكن يعوزه إلا أن يثبت على أساس قانوني يقوم على نص تشريعي . فأتى التقنين الجديد بهذا النص . وهذا ما تنقله المادة ١٢٩ :

١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لامتداد البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع للالتزامات المتعاقدين الآخر ، وتبين أن المتعاقدين المتعاقدين لم يرم العقد إلا لأن المتعاقدين الآخر قد استغل فيه طيشاً يئناً أو هوى جامعاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المتعاقدين أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات هذا المتعاقدين .

٢ - ويجب أن نرفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع النبن .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص وما ينطوى عليه من مسائل تفصيلية . وبحسبنا أن نذكر أن أدق مشكلة يشيرها هي تحديد ما يريده المشرع « بالبطش البين والموى الجامع » . ولا نتردد في القول بأن القاضي عند تحديده للمعنى المقصود من هذه العبارة يجب أن يسترشد بالقضاء السابق ، وأن يستعرض أمامه الأقضية التي رفعت فعلاً أمام المحاكم ، فلا يلبث أن يمثل صورة الشيخ الذى وقع تحت سلطان امرأته الجديدة ، وصورة الشاب الذى أصبح ألعوبة فى أيدي المراهبن ، وصورة الزوجات التى غلبها هواها على أن تستبدل زوجاً بزواج . هذه صور من الحياة المصرية يمثّلها القاضي وهو يطبق هذا النص ، فيصبح المعنى أمامه محدداً واضحاً . وهو بعد ليس في حاجة إلى أن يطوف بخياله بلاداً غير مصرية ينقل عنها نماذج هي أجنبية عنا ولا صلة لنا بها . وهو ليس في حاجة بوجه خاص إلى أن يرجع إلى التقنين الألمانى أو التقنين السويسرى أو التقنين البولونى وكل هذه تقنينات ورد فيها نص مماثل لنصنا المصرى ، فإن البلاد التى تطبق فيها هذه التقنينات غريبة عنا . ومجتمعها الأجنبي يشاير مجتمعنا المصرى ، وإذا كان نص تقنيننا الجديد مماثل في الأسلوب والصياغة لنصوص هذه التقنينات ، فليس هذا معناه أن القاضي المصرى يلتزم تفسير القضاة الأجانب مع ما يوجد من تفاوت فى الأوساط الاجتماعية وفى العادات والتقاليد . ومن ثم نرى ضرورة التزامنا لقضائنا السابق والسير على المبادئ التى سبق أن قررتها المحاكم المصرية فى وسطنا المصرى .

٢ - الاستراط لمصلحة الغير :

ويتميز هذا المثل عن سابقه بأن التقنين القديم كان يشتمل على نص فيه . فكانت المادتان ١٣٧/١٩٨ من هذا القانون تنصان على أن « من عقدت على ذمة مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فكان النص القديم

غامضاً مضطرباً ، يتردد بين الاشتراط لمصلحة الغير والشهد عن الغير والفضالة .
فجاء التقنين الجديد واضحاً دقيقاً ، ونصت المادة ١٥٤ منه على ما يأتي :

١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يفرضها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، ماهية كانت أو أدبية .

٢ - ويرتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل الشاهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ملم يفتق على خلاف ذلك .
ويكون لهذا الشاهد أن يتمسك قبل المتع بالدفوع التي تنفذ عن العقد .

٣ - ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتع ، إلا إذا تبين من العقد أن المتع وحده هو الذي يجوز له ذلك .

فكيف يفسر القاضي هذا النص ؟ وإذا أثار تطبيقه ، بالرغم من وضوحه ، مسائل تقتضي حلاً ، فأين يتلمس القاضي هذا الحل ؟ وإذا عرض مثلاً ما يقتضي تحديد الدفوع التي يجوز للشاهد أن يتمسك بها قبل المتع ، أو تحديد المصلحة الشخصية التي تكون للمشرط إذا كانت مصلحة أدبية ، أو تحديد مدى الحق المباشر الذي يكسبه الغير والأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الحق ، فأى مصدر يسترشد القاضي في حل هذه المسائل ؟ لا ترد في القول بأنه يصح على القاضي أن يسترشد في كل ذلك بالقضاء المصري السابق ، وبالفتن المصرية السابق ، وسيجد هذا القضاء والفتن غنيين زانحين بالمبادئ القانونية ، والتأصيلات الفقهية ، والحلول التضييكية ، في هذا الموضوع الخطير . وسيجد أنه بالرغم من أن نصوص التقنين الجديد تختلف اختلافاً بيناً عن نص التقنين القديم من حيث الدقة والوضوح ، فإن تطبيق النصوص الجديدة لا يترتب عليه غير النتائج ذاتها التي كانت تترتب على تطبيق النص القديم الحائر المضطرب . وسيجد أن الفرق بين الوضعين القديم والجديد يكاد ينحصر في أننا كنا في الوضع القديم نستقي القواعد القانونية الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير من القضاء والفتن رأساً وكنا لانجد غناء في النص التشريعي ، فكان قانوننا في هذا الموضوع الخطير يكاد يكون قانوناً غير مكتوب . أما الآن ، وفي ظل التقنين الجديد ، ستطبق حين المبادئ التي كنا نطبقها في الماضي ، وتلتزم الحلول التضييكية ذاتها ، ولكتنا تلمس هذه المبادئ والحلول ، لا في قضائنا وفتننا فحسب ، بل نجد الكثير

منها واضحا في تشريعنا الجديد ، وقد أصبح قانوننا مكتوبا مقتنا في موضوع من أهم موضوعات القانون المدني . ولعل هناك فرقا آخر بين الوضعين القديم والجديد . ففي الوضع القديم ، ونحن نظلمس الحلول في ثنايا ماتراكم من أحكام القضاء وآراء الفقهاء ، لم تكن هذه الحلول تخلص لنا ثابتة مستقرة ، فالقضاء لم يكن يخلو من تردد . والفقهاء لم يكن يسلم من خلاف . أما في الوضع الجديد ، والحلول الرئيسية قد وردت فيها نصوص تشريعية واضحة قاطعة ، فلا معنى لقررد ولا عمل للخلاف ، وقد خلصت لنا الحلول في أهم المسائل منحسة بيئة ، متسة بطابع من الثبات والاستقرار .

٣ - التهديد المالي :

والتهديد المالي من الأمثلة البارزة التي قن فيها التقنين الجديد أحكام القضاء المصري . ولم يكن التقنين القديم يشمل على نص في هذا الموضوع . فصاغ القضاء المصري نظرية التهديد المالي على هدى من القضاء الفرنسي ، وسلك في ذلك سبيلا هو محض اجتهاد لاسند له من التشريع . فاستمد التقنين الجديد من هذا القضاء المصري النصوص التي أوردها في هذا الشأن على الوجه الآتي :

نصت المادة ٢١٣ على أنه : ١٥ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك . ٢ - وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين المحتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة .

ونصت المادة ٢١٤ على أنه : إذا تم التنفيذ المعنى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين . مراعا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين .

وهذه النصوص التي استقيت من القضاء المصري السابق يرجع القاضي بداعة في تفسيرها وفي تحديد مراميها . إلى هذا القضاء بالذات ، فهو مصدرها المباشر . ولا شأن له بالتقنينات الأجنبية . ولو اتفقت نصوصها مع هذه النصوص من حيث الأسلوب والصياغة . فإن وضع التقنين الجديد إنما استأنس من هذه التقنينات بالأسلوب التشريعي والصياغة الشكلية . وإذا كانت هذه التقنينات الأجنبية هي

المصدر الشكلي لهذه النصوص ، فإن مصدرها الموضوعي هو القضاء المصرى السابق .

يبد أن تقنين القضاء المصرى السابق على الوجه الذى قدمناه لم يكن محض ترديد لأحكام هذا القضاء . فقد اشتملت النصوص الجديدة على مزايا تجعلها فيما يأتى :

أولاً - أقامت هذه النصوص أساساً تشريعياً لنظرية التهديد المالى ، ولم يكن هذا الأساس موجوداً من قبل (١) .

ثانياً - حددت النصوص تحديداً تشريعياً حاسماً ، لا يدع مجالاً للاضطراب الذى يغلب أن يكون طابع الأحكام القضائية ، النطاق الذى تطبق فيه نظرية التهديد المالى ، والوقت الذى يصنى فيه مركز المدين . أما النطاق فدها هو حيث يقتضى تنفيذ الالتزام تدخل المدين تدخلا شخصيا يكون التنفيذ بدونه غير ممكن أو غير ملائم . وأما الوقت الذى يصنى فيه مركز المدين فهو الوقت الذى يتخذ فيه موقفاً نهائياً ، إما بوفاء التزامه وإما بالإصرار على عدم الوفاء (٢) .

ثالثاً - وصلت النصوص بنظرية التهديد المالى إلى مداها لتحقيق الغرض المقصود منها ، وذلك من وجهين : الوجه الأول أن النصوص تقضى ، إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين المتمتع عن التنفيذ ، يجوز الزيادة فى الغرامة التهديدية ، وذلك بقصد التغلب على عمانية المدين . والوجه

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لعل أهم ما عيب على نظام الفرامات التهديدية فى وضعه الراهن أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد الشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه (المواد الثلاث) باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهى بد ليست إلا تعيناً لا جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يدأن المحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوف ، تنقضى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام ، وإما بأصراره على التخلف . فلذا استبان هذا الموقف وجب على القاضي أن يجد النظر فى حكمه ليعقل فى موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة لئلا استجابته لا أمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخر ، لا أكثر . ولئن أمر المدين على غنائه نهائياً ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

الثاني أن القاضي عند تحييده مقدار التعويض الذي يلزم به المدين لا يقتصر على مراعاة الضرر الذي أصاب الدائن ، بل يجب أيضاً ، كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي ، وأن يراعي في هذا التقدير ما يكون من أمر عمالة المدين تمتعاً باعتبار هذه العمالة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض ، وفي هذا التعلق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعدل القوة فيه (١) .

٤ - الشرط الجزائي :

والشرط الجزائي مثل رابع في أن التقنين الجديد استقى نصوحه من القضاء المصري السابق . وهو يختلف عن الأمثلة السابقة في أن القضاء الذي فن هنا ليس بالقضا الذي كان يستند إلى نص تشريعي خامس مضطرب ، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير ، ولا بالقضاء الاجتهادي الذي لاستدله من التشريع ، كما هو الأمر في نظريتي الاستئلال والتهديد المالي ، وإنما هو قضاء اجتهادي كان يجري على عكس النص التشريعي ويتعارض معه تعارضاً صريحاً . فقد كانت المادتان ١٢٣ / ١٨١ من القانون القديم تنصان على أنه : « إذا كان مقدار التضييع في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . والنص صريح كما ترى ، وهو يعد مأخوذاً من نصوص التقنين الفرنسي (١١٥٢م فرنسي) ، وهي أيضاً صريحة في هذا المعنى . ومع ذلك فقد كان كل من القضاة الوطنيين والمختلط يقضي بما يتعارض مع صريح النص ، ولا يحكم بشيء من التعويض المتفق عليه إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . بل ذهب القضاء الوطني إلى مدى أبعد ، إذ كان يقضي ، حتى مع وجود الضرر ، بتخفيض التعويض المتفق عليه إلى حد يتعادل فيه مع مقدار الضرر .

فعمد التقنين الجديد إلى تقنين القضاء المصري في هذا الصدد . ونصت المادة ٢٢٤ على ما يأتي :

١ - « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر » .

٢- ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .
وهذا النص يجب أن يرجع في تطبيقه وتفسيره إلى القضاء المصري السابق الذي أسلفنا الإشارة إليه ، شأنه في ذلك شأن سائر النصوص التي تقن هذا القضاء .

على أن النص يجمع إلى مزية تقنين القضاء السابق مزايا أخرى نجملها فيما يأتي :

(أولاً) أزال التعارض بين القضاء والنصوص التشريعية . أما التعارض ما بين القضاة الوطنى والمختلط فقد زال زوال الماحك المختلطة .

(ثانياً) أصل أحكام الشرط الجزائى تأصيلاً قانونياً صحيحاً ، وبنائها على أساس سليم . « فليس الشرط الجزائى في جوهره - وهذا ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) . - إلا مجرد تقدير اتفاق لتعويض الواجب أدائه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر ، قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهى الخطأ والضرر والإعذار . وهذا التأصيل الصحيح هو الذى يفسر جواز عدم الحكم بالشرط الجزائى إذا انتفى الضرر ، وجواز تخفيفه إذا قل الضرر . فإدام الضرر هو شرط واجب الجزاء المتفق عليه ، وهو بذاته - كما تقول هنا أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - مناط تقدير الجزاء الواجب أدائه . ويرتب على هذا أن انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين . وإذا كانت قيمة الضرر أقل من مقدار الجزاء المشروط وجب إنقاص هذا المقدار حتى يكون معادلاً لتلك القيمة .

(١) مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(ثالثاً) جعل النص هذه الأحكام من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وبذلك أمن المدين نصف الدائن ، وتوفى أن يفرض عليه هذا الاتفاق المخالف الذي لا يثبت أن يصبح شرطاً من الشروط المألوفة عند التعاقد (clauses de style)

هذه الأمثلة التي سقناها - وهي قليل من كثير - تنهض جميعاً للدلالة على أمور ثلاثة :

أولاً - أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد ، وقد استقيت من القضاء المصري ومن التقنين القديم ، يرجع القاضي في تطبيقها وفي تفسيرها مباشرة إلى القضاء المصري السابق .

ثانياً - أن التقنينات الأجنبية الحديثة ، إذا اتفقت في بعض نصوصها مع نصوص التقنين الجديد التي استقيت من القضاء المصري ، فإن هذا لا يعني الرجوع إلى هذه التقنينات في تطبيق هذه النصوص وفي تفسيرها . فهي ليست إلا مصادر شكلية لهذه النصوص استؤنس بها في الصياغة والأسلوب . أما لمصدر الموضوعي فهو القضاء المصري السابق . وسيرى القارئ أننا في هذا الكتاب لم نشر إلى التقنينات الأجنبية إلا في مناسبات قليلة ، ولم تكن الإشارة بقصد الرجوع إلى هذه التقنينات في تفسير النصوص ، بل لقد مقارنا بين قانوننا والقوانين الأجنبية في بعض المواطن التي تجلدى فيها المقارنة ، أو لتتبع نظام من النظم القانونية في تطوراتها التاريخية .

ثالثاً - أن التقنين الجديد ، في استقائه من التقنين القديم ومن أحكام القضاء المصري السابق الكثرة الغالبة من نصوصه ، لم يقتصر على ترديد القديم من النصوص ومن الأحكام القضائية ، بل هو قد هذب النصوص القديمة تهذيباً أبرأها به من عيوبها التي كانت محل الشكوى ، وقن القضاء المصري تقنيناً حمم به الخلاف في موطنه ، وأكسب الأحكام القانونية شيئاً من الثبات والاستقرار ، ويسر للباحث التعرف على هذه الأحكام .

ب - الفقه الإسلامي

أولاً - ما ترى استفاء التقنين الجديد منه هذا المصدر :

الفقه الإسلامي مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة التي استقي منها تفهيم

القانون المدني . فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي . واستحدثت أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه . وجعل بعد ذلك كله ، الفقه الإسلامي مضمراً رسمياً لقانون المدني ، يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (١)

١ - التفرع من الفقه الاسلامي لرى استبقاء التقنين الجديد :

كان التقنين القديم يشتمل على أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي ، فاستبقاها

(١) وهذا ما كتبه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها في هذا السند : «وتبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادره ، لجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكماً في النسخ أو العرف ، وجعلها مصدراً خاسماً لطاعة لا يستهان بها من أحكامه . ولا ينكر ما للفقه الإسلامي من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمي ، فكيف وقد كان ولا يزال مستعرباً القانون العام في كثير من المسائل في مصر . وفي توبة الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على ثلث روحى حرى بأن يمان وأن يتخفف به . واللجنة تجل ما صادفت في المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية كالأحكام الخاصة بنظرية الصف في استعمال الحق وحالة الدين ومبدأ المواثيق غير التوفيق . وهذه الأحكام جيداً تتفق من القواعد ما يستلزمها من قواعد التقدم في التقنينات القريبة ، وإن كان قضاء الشريعة قد ضلوا إلى ما حدث من أحكام وأحكام سبب وتطبيق على ما عرض في مرسوم من أفضى لقرون خلت قبل أن يخطر شيء من ذلك يال قضاء الرب أو من تولوا أمر التفرع فيه . وعلى المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طاعة من الأحكام التفصيلية يكفى أن يشار في سددها إلى ما تلقى بمجلس القضاة وإيجار الوقت والمكر وإيجار الأراضي الزراعية وحل الزرع في العين المؤجرة وانقضاء الإيجار بموت المتأجر وفسخه بالفسد . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن انقبس التقنين الحالي أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأباحتها المشروع ، كبيع المريض مرض الموت والدين وتبعية الملاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة واللعو والقتل والمناط المشترك . أما الأضحية والهة والشقة والمبدأ الخاس بالآثار إلا بعد سداد الدين فقد استند المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهي أحكام لها أهميتها في الحياة المدنية . وفي حدود هذا المصدر الثاني كان ملك المشروع قوماً لارتاحت إليه اللجنة وأنت فيه أنجاء إلى تقدير ما للفقه الإسلامي من مزايا أدرها علماء الرب منذ زمن بعيد ، وبني على دول الشرق أن تحملها الحمل الخلق بها وأن تبصر عملياً عن اعتبارها بها وحرصاً على استدامتها . ولعل من ثاقلة القول أن يشار إلى أن هذا الملك آمن في رعاية ما للقاضي من حرية ، وأبلغ في قضاء حق القضاء الذين تصهوا الفقه الإسلامي بجهادهم ، وأسبقوا على أحكامهم من الرونة ما جعلها تنسج على درج الناس عليه في معاملاتهم . ولا ترى العنقيل الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أى سلس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكياً لأسباب الاستمرار من طريق تحصى التقاليد الصالحة التي أتها المتداولون في البلاد منذ مئات السنين » . (مجموعة الأعمال القضائية ١ ص ١٣١ - ١٣٢) .

التقنين الجديد بعد أن هذب النصوص القديمة وصحح الأخطاء عليه من أخطائه .
فبيع المريض مرض الموت ، والأهلية ، والشفعة ، والهبة ، وسداد الدين قبل
إيلولة التركة للورثة ، والتفنن في بيع القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعية الهلاك في
البيع ، وغرس الأشجار في العين المؤجرة ، والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ،
وبالحائط المشترك ، ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها التقنين
القديم واستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها .

وقد هذب التقنين الجديد بوجه خاص الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض
مرض الموت وبالهبة وسداد الدين قبل إيلولة التركة للورثة .

فقد صحح النصوص الخاصة ببيع المريض مرض الموت من الأخطاء التي
تسربت إليها في التقنين القديم إذ جعل العبرة بالقدر المهابي به لاجتيماع المبيع ، ونظر
إلى قيمة المبيع وقت الموت لا وقت البيع . ولم يقتصر من تصرفات المريض على البيع ،
بل أورد في النصوص المتعلقة بالوصية أحكاماً تناولت تصرفات المريض
بوجه عام نقلها عن الفقه الإسلامي والقضاء المصري . فنصت المادة ٩١٦ على
أن : ١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً
به التبرع ، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت
التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢- وعلى ورثة من تصرفوا أن يثبتوا أن العمل
القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع
الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .
٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر
التصرف صادراً على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس
ذلك . كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه . ونصت المادة ٩١٧ على أنه :
« إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بميزة العين التي
تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد
الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، مالم يثبت دليل يخالف ذلك » .

كذلك فعل التقنين الجديد في عقد الهبة . فقد نقل أحكام التقنين القديم
المتعلقة بها . ولم يكتف بذلك ، فإن هذه الأحكام كانت مقتضبة ، وكانت
مقصورة على الشكل دون الموضوع . فأورد أحكام الهبة كاملة من حيث
شكلها ومن حيث موضوعها . واستمد الأحكام الموضوعية من الفقه الإسلامي .

ولم يقتصر التقنين الجديد على الأخذ بالمبدأ القاضي بالآتية إلا بعد سداد الدين - وقد كان التقنين القديم يجعل المبدأ مفهوماً في ثنايا نصوصه - بل عد إلى هذا المبدأ الخطر فنظمه تنظيماً دقيقاً وفصل الإجراءات التي تكفل تطبيقه ، وهي إجراءات عملية كانت الحاجة إليها ملحة ، فسد بذلك فراغاً كبيراً .

٢ - المبرر من الفقه الاسلامي الذي استحدث التقنين المبرر :

وقد استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى استلها من الفقه الإسلامي . وبعض هذه الأحكام الجديدة هي مبادئ عامة ، وبعضها مسائل تفصيلية . فن المبادئ العامة التي أخذ بها النزعة الموضوعية التي نراها تتخلل كثيراً من نصوصه . وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، أثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عدله في الترجيح .

ومن هذه المبادئ أيضاً نظرية التصرف في استعمال الحق . لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استلها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي . ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتصر عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معياراً موضوعياً في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ويتوقى الضرر الجسم الذي قد يصيب الغير من استعماله .

وكذلك الأمر في حوالة الدين ، أغفلها القوانين اللاتينية ، ونظمها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي . فأخذ بها التقنين الجديد .

ومبدأ الحوادث الطارئة (*imprévision*) أخذ به بعض التقنينات الحديثة . فرجع التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي .

ومن الأحكام التي استلهاها التقنين الجديد مسائل تفصيلية كما قدمنا ، اقتبسها من الفقه الإسلامي . ومن هذه المسائل الأحكام الخاصة بمجلس العقد . وبإيجار الوقف ، وبالحكر ، وبإيجار الأراضي الزراعية ، وبإهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وقسقه للعذر ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده .

٣ - الفقه الاسلامي أصبح مصدراً رسمياً للقانون المدني :

وقد نصت المادة الأولى من التقنين الجديد على أنه : إذا لم يوجد نص تشريعي

يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .
ويقبح من ذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدني المصري . وهي إذا أتت بعد النصوص التشريعية والعرف ، فإنها تسبق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ولا شك في أن ذلك يزيد كثيراً في أهمية الشريعة الإسلامية ، ويجعل دراستها دراسة علمية في ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب ، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية . فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدني ، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف ، بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي . ويجب عليه أن يرجع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي أدق تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هي التي نحل محل هذه المبادئ والقواعد ، فنحن نأخذ منها في كثير من المواطن (١) .

ثانياً - كيف نفسر النصوص التي استقيت من الشريعة الإسلامية وكيف نخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً رسمياً :
ونبين في إيجاز كيف نفسر النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية ، باعتبارها مصدراً تاريخياً وباعتبارها مصدراً رسمياً .

(١) هذا هو المدعى وصل إليه الفقيه الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، هذا المسائل الأخرى التي أخذها فقيهاء من الفقه الإسلامي ، وهي المسائل التي تقدم ذكرها . أما جيل الشريعة الإسلامية هي الأسس الأولى التي بنى عليها تفكيرنا المدني ، فلا يزال أمنية من أئمة الأئمة التي تخطب بها المصوم ، وتطوى عليها الموانع . ولكن قبل أن تصح هذه الأمنية خيفة واضحة ، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن . ونرجو أن يكون من وراء جيل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون الجديد ما يعاون على قيام هذه النهضة .

وقد حاول بعض رجال القانون أن يتبعوا المبادئ ، فدرسوا الشريعة الإسلامية دراسة سطحية لا غناء فيها ، فقدموا نموذجاً يشتمل على بعض النصوص في نظرية العقد ، زعموا أنها أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي ليست من الشريعة الإسلامية في شيء . ودلر في شأن هذه النصوص حوار عنيف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ .

(انظر في تفصيل هذه المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ١ من ٨٥ - ٨٩) .

أما النصوص التي نقلها التقنين الجديد عن الشريعة الإسلامية ، فأصبحت
نصوصاً نشرعية وأصبح الفقه الإسلامى مصدراً تاريخياً لها ، فهذه نرجع في
تفسيرها إلى مصدرين رئيسيين :

المصدر الأول - هو القضاء المصرى فيما يوجد له تفسير في هذا القضاء . والقضاء
المصرى غنى بالمبادئ والأحكام في موضوعات كبرى الموت والشفعة والحكر
وإيجار الوقف . فعلى من يفسر نصوص القانون الجديد الواردة في هذه الموضوعات
وأمثالها أن يرجع إلى هذا القضاء فيما استقر عليه من المبادئ .

والمصدر الثانى - هو ما جاء في كتب الفقه الإسلامى ، وبخاصة في تفسير ما
لا يوجد له تفسير في القضاء المصرى . والرجوع إلى الفقه الإسلامى في كتبه
المعتمدة واجب أيضاً عند ما يراد استخلاص الأحكام من الشريعة الإسلامية
باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون المدنى .

وفى رأينا أنه حيث ينبغي الرجوع إلى الفقه الإسلامى في كتبه المعتمدة ، سواء
أكان هذا الفقه هو المصدر الرسمى الذى تستمد منه الأحكام أم كان هو المصدر
التاريخى الذى تفسر في صوته النصوص التشريعية ، يجب أن يراعى أمران
جوهريان :

الأمر الأول - هو عدم التقيد بذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامى . فكل
مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها . ولا محل للوقوف عند أرجح
الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، بل ولا للتقيد بالمذهب الحنفى في جملة . ولعلنا
نذهب إلى مدى أبعد ، فنقول إنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة ،
فهناك مذاهب أخرى ، كذهب الريدية ومذهب الإمامية ، يمكن الانتفاع بها
إلى حد بعيد .

والأمر الثانى هو أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى التنسيق ما بين
هذه الأحكام والمبادئ العامة التى يقوم عليها التشريع المدنى في جملة . فلا يجوز
الأخذ بمحكم في الفقه الإسلامى يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ ، حتى لا يفقد
التقنين المدنى تماسكه وانسجامه . وفيها قدامته من الرخصة في الأخذ بمذاهب الفقه
جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ،
فلا يفضل الباحث في تفصيلات الفقه الإسلامى : ولا يختار منها إلا ما يتسق مع

المبادئ العامة للتشريع المدني (١).

ج - التقنيات الحديثة

أولاً - ما نرى استفاد التقنين الجدير من هذا المصدر:

والمصدر الثالث الذي استقى منه التقنين الجديد بعض أحكامه ، والكثير من صيغه وعباراته ، هو التقنين الحديث . فقد حرص واضعو التقنين الجديد على أن يتفصوا انتفاعا كاملا بكل خطوة خطتها التقنيات الحديثة في طريق الكمال من ناحية الأسلوب الفني والصياغة التشريعية .

وقد رتب هذه التقنيات الحديثة فانتظمها أقسام ثلاثة : القسم الأول التقنيات اللاتينية قديمها وحديثها . فالقديم يأتي على رأسه التقنين الفرنسي ، ومعه التقنين الإيطالي القديم ، والتقنين الأسباني ، والتقنين البرتغالي ، والتقنين الهولندي . والحديث يشمل على التقنينين التونسي والمراكشي ، والتقنين اللباني ، والمشروع الفرنسي الإيطالي ، والتقنين الإيطالي الجديد . والقسم الثاني التقنيات الجرمانية ، وأهمها التقنين الألماني ، والتقنين السويسري ، والتقنين النمساوي . والقسم الثالث تقنيات متأخرة استقت من كلتا المدرستين اللاتينية والجرمانية . وأهم هذه التقنيات التقنين البولوني ، والتقنين البرازيلي ، والتقنين الصيني ، والتقنين الياباني .

ولكل من هذه التقنيات مزايا وعيوب (٢) وقد توخى التقنين الجديد

(١) وفي محاولة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية عن دراسة سطحية لا تسق فيها ، وهي المحاولة التي أشرنا إليها فيما تقدم من ضمن النموذج الفني سبق ذكره أن نظرية عيوب الرضاء ونظرية البطلان ونظرية السبب ونظرية التصح هي نظريات يمكن الأخذ بها كما هي مبسطة في القوانين الحديثة مع نسبتها إلى مذاهب في الفقه الإسلامي تتعارض معها كل التعارض . ويشبه أن الشريعة الإسلامية لا تتقدم عن طريق أن ينسب إليها ما ليس منها ، وإنما تتقدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هي الأمانة العلمية . ولا يجب الشريعة الإسلامية أنها لا تتناول في بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يجبها أن تنوّه ببلاتها وأن تمنح أحكامها .

(٢) فالشروع الفرنسي الإيطالي أكسب التقنيات اللاتينية النتيجة جيدة لم تكن لها ، وفتح فيها روح العصر ، وجمع بين البساطة والوضوح ، مع شيء كثير من الدقة والتجديد . على أن المشروع يكاد يكون عاصلا إذا قيس إلى التقنيات المالية الأخرى . والتفنين الأتاني بدأ أخضع تقنين =

أن يفتخ بمزاياها وأن يتوق عيوبها . وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه فضلاؤنا وقهنا . وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد ، من هذه التقنينات ، خمسة : المشروع الفرنسي الإيطالي ، والتقنين الإيطالي الجديد ، والتقنين السويسري ، والتقنين الألماني ، والتقنين البولوني . فالتقنين الجديد ، وإن كان قد اتخذ التقنينات اللاتينية أساسا له إلا أنه لم يلزمها وحدها ، بل رجع أيضا إلى التقنينات الجرمانية .

وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنينات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية . ولكنه رجع إليها أكثر ما رجع في نواحي الصياغة والأسلوب . أما النواحي الموضوعية فأهمها بعض النظم القانونية التي كانت تنقص القانون القديم ، كالمؤسسات وحوالة الدين والإعصار ، وبعض المسائل التفصيلية التي أدخلت عن التقنينات الحديثة ، كمتوالية عديم التمييز والمسئولية عن الآلات الميكانيكية والنصوص الخاصة بالحوادث الطارئة وإدارة الملكية في الشيوع وملكية الأسرة وباتحاد ملاك الطبقات . وجارى التقنين الجديد فوق ذلك ، كما قلنا ، التقنينات الجرمانية والفقهاء الإسلامى في إثبات المعايير الموضوعية على المعايير الذاتية في كثير من المسائل .

وأما نواحي الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر الفائدة . ولكن واضعي هذا التقنين حرصوا كل الحرص ، وهم في سبيل الانتفاع من

== صدر في العصر الحديث ، وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل ، ويتر من التلعية التقنية أى تقنين آخر ، فقد اتبع طريقة تعد من أدق الطرق العلمية وأقربها إلى التطبيق القانوني . ولكن هنا كانت عاتقا له عن الانتشار ، فإن تقيده التي ودقته العلمية أفضياء بسى الشيء عن منحى الحياة السلية ، وبجلاء مطلق التركيب ، عسر الفهم . والتقنين النمساوى يرجع عهده إلى أوائل القرن التاسع عشر ، فقد ظهر في سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسي ، ولكنه لم يتبع له من النجاح ما أتبع لهذا التقنين ، فلك بقى عمود الانتشار في أوروبا حتى غمره التقنين الألماني ، وقد ظم النمساويون بتفتح تقنينهم في أول سنى الحرب المالية الأولى ، وظهر التفتيح في سنة ١٩١٦ ، فأعاد لهذا التقنين الشيق شيئا من الجملة واللباقة لروح العصر ، أما التقنين السويسري — تقنين الالتزامات والتقنين اللدى — فقد كان للتلظر أن يكون ، وهو من عمل ألسنة (فيكهوهوبر) ، عملا قضيا ، فلذا به ذو صفة عملية بارزة . وجميع التقنين السويسري إلى الموضوع والبساطة الدقة والتسقى وإن كان خشنا فى بسى اللواظر فيما ينسب به من وضوح ودقة (أنظر فى كل ذلك المحاضرة التي ألقيناها فى الجلية الجغرافية للملكية وفتحنا بها باب الاستغناء فى التقنين الجديد: مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٥٥٥ — ص ٥٥٩) .

التقنيات الحديثة في الصياغة والأسلوب ، على أن يحققوا أمرين : أولهما أن تكون العبارات التي استعيرت من التقنيات الأجنبية لم تقتبس إلا لأنها تؤدي ، في أمانة ووضوح ، المعاني التي قصدوا إلى نقلها عن القضاء المصري وعن نصوص التقنين القديم . والأمر الثاني أنهم فيما استعاروه من صيغ وعبارات عن التقنيات الحديثة تجنبوا أن يقع أى تنافر فيها بين أجزاء التقنين ، وحرصوا على أن تنصهر هذه العناصر كلها في بوتقة واحدة ، وأن ينتظم حباتها جميعاً عقد واحد .

ثانياً - كيف نقرأ النصوص التي استعيرت من التقنيات الغربية :
أهم مبدأ ينبغي أن ننبه له الباحث في تفسير التقنين المدني الجديد هو أن نصوص هذا التقنين التي استمدت من التقنيات الأجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرها الأجنبية ، فلا يرجع إلى هذه المصادر في تطبيقها وتفسيرها . هذه النصوص التشريعية قد اندججت في تقنين قائم بذاته ، فأصبح لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . وإنما يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصري سابق ومن فقه مصري تقليدى ومن نصوص تشريعية قديمة . هذه هي المصادر الأولى التي يجب أن يرجع إليها في التفسير . وقد ألحنا في التنبيه على ذلك عندما نكلمنا في القضاء المصري كصدر أول استقى منه تفقيح التقنين المدني . أما التقنيات الأجنبية فلا يرجع إليها إلا لأغراض علمية بحتة ، كالموازنة بين الشرائع المختلفة ، وكاستقصاء التطور التاريخي لنظام قانوني معين .
هذا المبدأ الجمهورى الذى نقرره يفرض نفسه على كل باحث في التقنين الجديد للأسباب الآتية :

١ - أن الكثرة الغالبة من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة إن هي ، في الواقع من الأمر ، إلا تقنين لما جرى عليه القضاء المصري ، أو إصلاح لعيوب في نصوص التقنين القديم . ولم يقصد من الاستئناس بصياغة التقنيات الحديثة ومن محاكاة أسلوبها التشريعي إحداث أى تغيير في الأحكام التي تضمنتها نصوص التقنين القديم أو جرى بها القضاء المصري . وقد تكررت الإشارة إلى ذلك (١) .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ ما يقر به من هذا الذى فيما يأتى : =

٢ - أن القليل الباقي من النصوص المشتملة من التقنيات الحديثة ، وهي التي طرقت موضوعات جديدة لم تكن موجودة في التقنين القديم ، لم تنقل هذه الموضوعات على علانها من مصادرها الأجنبية . بل إن هذه النصوص قد محصت قبل نقلها إلى التقنين الجديد ، وعدلت بحيث تنسق مع سائر النصوص . فهي أقرب إلى أن تكون جزءاً أصيلاً متماسكاً من أجزاء هذا التقنين ، تسمى فيه روحه ، وينبسط عليه ما ينتظم سائر الأجزاء من وحدة واتسجام (١) .

٣ - أن أية محاولة يراد بها تفسير النصوص المشتملة من التقنيات الحديثة بالرجوع إلى هذه التقنيات هي محاولة مقضي عليها بالفشل . فإن هذه التقنيات كثيرة متنوعة ، ولكل تقنين نهجه وشرعته ، وله قهقه وقضاؤه ، وكثيراً ما يقع بينها التعارض والتنافر . فكيف يجوز أن نرجع في تفسير تقنين متماسك الأجزاء ،

== والكثرة الغالبة من النصوص المروضة فظهر من وراء الاستئناس بصيغ التقنيات الأجنبية بقلعة في الأمان ، وإيجاز في التعبير ، جملاً للمدروع قبة قبة ذاتية ، ولطاماً حسناً . وقد روجت هذه النصوص في اللجنة التي أنشأتها وزارة العدل بعد جمع الآراء من طريق الاستفتاء ، وروجت كذلك في لجان مجلس البرلمان ، وأدخل عليها من التعديل القطعي والموضوعي ما يميلها لغير تمييزاً واضحاً عن المادى التي قصدت إلى إحداثها . ولا محل لأن يباب على المدروع انتظامه من التجربة التي انتهت إليها التقنيات الأجنبية في حدود الصياغة ، ولا سيما بعد أن روجت الصياغة على النحو المضمّن ذكره . واقتضت بذلك عن كل مصدر من مصادر الاستئناس ، وأصبحت مبررة في ذاتها من المادى التي استلهمها كل من سالم فوضع المدروع أو مراجعته أو إلزامه (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ١٢٢) .

(١) وهذا أيضاً ما جاء في تقرير لجنة القانون الذى بمجلس الشيوخ في هذا المنى : «أما النصوص التي اقتبست أحكامها من تقنينات أجنبية من حيث الموضوع فهي قليلة لذا قيمت بأثر نصوص المدروع . وهي تعالج أوضاعاً مستقلة أو مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأى أو أكثر في أى تقنين من التقنينات ، دون أن يخل ذلك بتتلاقس قواعد العامة أو تماسكها . ولم يتوخ المدروع في ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية ، ولكنه جل من ظروف هذه البيئة ذاته ، فاسترشد بها في الخاصة بين الحكم الولد في تقنين وبين غيره مما في تقنينات أخرى . وأدخل في كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام تعديلات جوهرية نزولاً على ما تقتضى تلك الظروف . وعرف هذا لم يند عن الأسلوب المتبع فأكثر القول عند التقنين في الوقت الحاضر ، والتبع في مصر ضلالتاً لل كثير من التفصيلات . وقد أديت الأحكام التي اقتبست على هذا الوجه في المدروع ، وزوى في هذا الإجماع أحكام الآتية بينها وبين سائر أجزائه . ثم روجت في مختلف اللجان على ما تقدم ذكره من قبل ، مستوى من ذلك كله تقنين متواصل الأجزاء متجانس الأحكام . (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ١٢٢) .

متسق النواحي ، إلى مصادر متضاربة متناقضة (١) !

٤ - أن هذا الذي نقرره من وجوب أن يكون للتصوم التشريعية كيان ذاتي ، لتعيش في البيئة التي تطبق فيها ، ولتتوق صلها بما يحيط بها من ملبسات ، ولتتطور تبعاً لما تقتضيه الحاجات المتجددة للتغير ، هو مايقول به سالي وغيره من أقطاب القانون (٢) ، وهذه هي غير ملزمة نعرفها في تفسير النصوص التشريعية .

٥ - أن هذا الذي نقرره هو أيضاً ما قصد إليه صراحوا وضو الثنين الجديد . تبين ذلك في وضوح تام من الأعمال التحضيرية ، ونراه مذكوراً في مبادئ التفسير التي أدلى بها أمام مجلس الشيوخ ، ونلقاه مردداً في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وفي تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ .

أما مبادئ التفسير التي أدلى بها أمام مجلس الشيوخ فقد جرت على الوجه الآتي : (أولاً) أن الغالية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال السبعين سنة الماضية ، ومطابقة لقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والفقه في مصر . وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استئناس للصياغة وحلها . (ثانياً) أن الأحكام التي اشتقت أصلاً من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة مجابهة في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون ومن أن لقاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان

(١) وفي رأينا أنه إذا جاز الرجوع في تفسير الثنين الجديد إلى مصدر أجنبي ، فلا يكون هذا المصدر إلا الفقه الفرنسي باعتباره أن الفقه المصري لا يزال يستمد منه ، ولا يخفى تأثير خطواته في كثير من المسائل . وسيرى القارئ أننا في هذا الكتاب كثير في مناسبات كثيرة لأراء القضاء الفرنسيين إلى جانب آراء الفقه المصري . أما الرجوع إلى غير الفقه المصري والفقه الفرنسي فلا يكون إلا لأغراض عليية بجهة كما أسلفنا القول . ولا تزال ترفد اليوم قدي يبلغ فيه الفقه المصري أشده ، فيصبح غنياً عن غيره بما يعرفه من أساليب ذاتية . ونحن عن اليان أن الرجوع إلى الفقه الإسلامي متعين فيما يجب الرجوع فيه إلى هذا الفقه ، على النحو الذي سبق بيانه .

(٢) أخطر الخدمة التي وضعا الأستاذ سالي بجمعها كتاب الأستاذ جني العرف في طرق تفسير القانون الخاص .

هناك عمل لذلك . (ثالثاً) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنينات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات ، حوالة الدين ، ملكية الأسرة ، اتحاد الملاك ، الإعسار المدني ، تصفية الشركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متماشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع . وبذلك تكون قد انضلت من مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال (١) .

وأما ما جاء في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب في هذا الصدد ، فهذا هو : «ولا يسع اللجنة ، وهي تحتم تقريرها ، إلا أن تسجل الكلمة القيمة التي

(١) وقد أقرت الحكومة هذا البيان . وهو بيان عهت لجنة القانون المدني لدى رئيستها حضرة الشيخ المحترم محمد عبد الوكيل (باشا) في أن يدل بأمام مجلس الشيوخ ، وقد أدلى به فلا أمام المجلس ، وقدم له في خطابه بالبرقيات الآتية : « ولا يحسن أحد أن تمدد المصادر على الوجه المتقدم أفق المشروع ما كان ينبغي أن يتوافر له من أسباب التماسك والتسلسل . فالواقع أن هذه المصادر جميعاً تتطلب في مشاربها . قواعد التقنين الحلال وما يكملها من اجتهاد القضاء عاشاً جنباً إلى جنب مع العروة الإسلامية والقواعد المستمدة منها . ثم لأن القواعد المستمدة من القوانين الحديثة تحمل التقدم العلمي الذي تحقق على أساس تطور القديم . وهل خلت مصر خطوة واسعة في تسميتها إلا على أساس تغير المصالح من مختلف المصادر بل ومن تسميات متباينة . والواقع أن الخبرة في التقنين بتلك الحلول وتواصلها ، فقد يتم هذا التواصل وذلك التماسك رغم تمدد المصادر إذا بذلت العناية الواجبة في هذا الشأن ، وقد يفتننا رغم وحشة المصدر إذا قصرنا هذه العناية عن تحقيق النرض . والمشروع المروض قد وفق في التأليف بين القواعد التي استأفها من المصادر التي خدمت الإشارة إليها ، وقد يسر له ذلك اعتماداً اعتماداً أولياً ورئسياً على التقنين الحلال وقضاء الحاكم المصرية وأحكام العروة الإسلامية كما أسلفنا . ومن الواجب أن أشير فوق هذا كله إلى أن تجميع القانون المدني في أية دولة من الدول في الوقت الحاضر لا يمكن أن يتغل تقدم التقنينات في الدول الأخرى ، أو يجعل الاسترشاد بها والاقتراس منها . وأبلغ شامد على ذلك ما وقع في التقنين المدني السويسري والبناني والبولوني والإيطالي والمصري الفرنسي الجديد . وقد أثار بعض حضرات رجال القانون مسألة مصادر المشروع ، وقدموا في هذا الشأن بعض ملاحظات تعرض لنظم أحكام المشروع وتفسيرها وتطبيقها . وكانت اللجنة قد أوفت هذه المسألة حقها من البحث في تقريرها ، وقت من تأليف توضيح الأمر في كلمتي هذه ، إلا أنه رغبة في زيادة الإيضاح ، وتأكيداً للسعي الذي ذهبت إليه اللجنة ، عهدت إلى أن أدلى برأيها في هذا الموضوع نظام بالبيان التالي : (أولاً) أن النالية الملصقة من أحكام هذا المشروع ... ألغ . (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ١١٦ و ١١٧ و ١١٨ و ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٢) .

أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي : أن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الفرض من الرجوع إلى التفسيرات الحديثة أن يصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه . فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها وبمجا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملائسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فيفصل انفصال تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وقته مستقل . ولكل من القضاء والفقهاء ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، ونسائر مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضع المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي يستند إلى قضاء وقته لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون .

« وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقهاء في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجد المكان الصحيح للاجتهاد والاستنباط بعد أن انفك عنها غل التقليد بمتابعة قانون واحدمعين في نصوصه التشريعية وفي قضائه وقته ، بل بعد أن أصبحا في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها ، من التقليد بمتابعة أي قانون معين ، فخرجنا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الصحيح (١) . »

وهذا ملجأ أخيراً في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ : « أما ما يقال عن صعوبة التفسير وإلزام القاضي بالرجوع إلى قه دول متعددة للوقوف على مفهوم نص معين ، فترى اللجنة أن النصوص متى أدمجت في التقنين انزلت عن مصادر الاستئناس ، وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من

نصوص هذا التقنين ، وأثرها في البيئة التي تعيش فيها ، وانضمامها بظروف هذه البيئة . فأنقل من الصيغ أو النصوص عن تشريعات أو تقنينات أجنبية وصل بنصوص أخرى في المشروع نحدد دلالتها من قبل في التقنين الحالي وفي الفقه المصري وأحكام القضاء في مصر ، وهذا التآلف هو أول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير (١) .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ١ ص ١٣٦ — ص ١٣٧ .
هذا وقد ساور بشي رجال القانون خيبة من أن التقنين الجديد قد نموزه وحدة مفاجئة يرجع إليها في تفسير ما غمض من نصوصه وفي تكليل ما غمض من أحكامه (أنظر ملوكان في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٤٢ — الدكتور شفيق شعاع في جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٥٤٦ بتاريخ ٤ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥) . وهذه الخيبة لا مجرد لها . فإن المصدر الأساسي للتقنين الجديد لا يزال هو النظام اللاتيني ، يمثل في نصوص التقنين القديم وفي أحكام القضاء المصري ، ومثلا كذلك في التقنينات اللاتينية القديمة منها والحديثة ، ومقترباً بأحكام من الفقه الإسلامي تعود التشريع للدق المصري أن يراها متألفة من النظام اللاتيني طوال السنين السابقة . ولم يدخل النظام الجرماني في التقنين الجديد إلا بقدر ، وفي الحدود اللازمة لإصلاح عيوب النظام اللاتيني .
وسنعود إلى هذا الموضوع بتفصيل أوفى .

(٣)

الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد

(ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قنته وكان معمولاً به من قبل)



في غير ما أضاف التقنين الجديد سداً لنقص بين كان ملحوظاً في التقنين القديم ، وفي غير ما عالج من عيوب كانت بارزة في النصوص القديمة ، وفي غير التيوب وقد عولجت فيه عيوب التقنين القديم على النحو الذي قدمناه ، لم يحمل التقنين الجديد في نصوصه وأحكامه شيئاً ينافي ما كان التقنين القديم يتضمن من نصوص وأحكام .

ويمكن رد الفروق الجوهرية ما بين التقنينين القديم والجديد إلى أصليين :
الأصل الأول هو ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل . والأصل الثاني هو ما قنت من أحكام كان معمولاً بها من قبل ولكن نصوص التقنين القديم كانت تقصر عن تأديتها .

١ - ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل
استحدث التقنين الجديد موضوعات كاملة لم يعرض لها التقنين القديم مع شدة الحاجة إليها ، ومسائل أخرى تفصيلية تناثرت في أبوابه المختلفة .

١ - موضوعات كاملة :

هذه الموضوعات هي المؤسسات والإعصار المدني وحالة الدين وتعصية
التركة .

أولاً - المؤسسات (م ٦٩-٨٠) :

لم يكن التقنين القديم يعرف المؤسسات (foundations) . وكان نظام الوقف المعروف يؤدي بعض الأقراس التي وجدت المؤسسات من أجلها ، وخاصة الوقف الخيري الذي يرصد مباشرة على جهات البر . ولكن نظام

الوقف في كثير من الحالات يضيق عن الوفاء بأفراض المؤسسات ، حتى أن كثيراً من المؤسسات الاجتماعية والخيرية في مصر لم يتسع لها هذا النظام ، فأتخذ نظام جمعية عادية على ما في ذلك من ضيق وحرَج ، أو أتخذ بطريق مباشر شكل مؤسسة ، ولم يبال بانعدام النصوص القانونية التي تقرر أحكام المؤسسات . من أجل ذلك أدخل القانون الجديد نظام المؤسسات : وأورد النصوص التي تقرر أحكامها .

وتتلخص هذه النصوص في أن المؤسسة شخص اعتباري يقوم على تخصيص مال لغرض لا يتطوّل على ربح مادي . فيدخل في ذلك أعمال البر والأعمال العلمية والفنية والرياضية والدينية وغير ذلك من أعمال النفع العام . وتختلف المؤسسة عن الجمعية في أن الأولى تقوم على مال يخصص للغرض المقصود ، أما الأخرى فتقوم على جماعة من الأشخاص تتكون منهم الجمعية . وتختلف المؤسسة عن الوقف في أن الوقف لا يكون إلا في العقار ، أما المتقول فلا يوقف منه إلا ما تعرف الوقف فيه . هذا إلى أن الوقف يخضع لنظام لامرورة فيه ، ولا يتسع لإنشاء مستشفيات وملاجي ومعاهد وهيئات أخرى يتسع لها نظام المؤسسات بما انطوى عليه من مرونة (١) .

وأداة تكوين المؤسسة هي إرادة المؤسس الذي خصص المال . وتفرغ هذه الإرادة في صورة سند رسمي إذا أنشأ المؤسسة حال حياته ، أو في صورة وصية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق ، إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من السبب إنشاء مقام آخر ليس للأموال في بلد لا يزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لا يثبت أن يخفى على وجوب الأخذ بنظام المؤسسات ، نية مؤسسة في مصر لم تتخذ شكل الوقف كالمدرسة البيدية التي أنشئت في سنة ١٨٦١ وملجأ أيتام سبتروبولو التي أنشئت في سنة ١٩٢٨ . ثم إن من المصريين من أراد أن ينشئ مستشفيات ومعاهد يخرجها عن المؤسسات لا يخرج الوقف ، فلم يجد أملاً إلا سبيل الملية للحكومة للاتفاق على هذه المنشآت . ونوع مؤسسة بنارو أو « طرة الخلب » وهو ملجأ أيتام إسرائيل اتخذ شكل جمعية عند إنشائه مع أن منشئه كان يقصد أن يجعل منه مؤسسة . والحاجة إلى إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنت الناس في مناسبات متعددة . ولعلك يكون من الخير أن يوضح تصريح للمؤسسات لتشجيع البر وإقامة هذه المنشآت على قواعد مستقرة تكفل تحقيق الأغراض التي رصدت على خدمتها » . (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ٣٧١)

إذا كان الإنشاء بعد الموت . ولم يجعل التقنين الجديد إنشاء المؤسسات خاصاً لمواقة السلطة التنفيذية كما فعل التقنين الألماني والقانون البلجيكي . بل لم يجعل لهذه السلطة حتى الاعتراض على إنشاء المؤسسات كما أشارت بذلك جمعية البحوث التشريعية في فرنسا . ولكنه أخضع المؤسسات لرقابة وكلها إلى الجهة التي تعينها السلطة التنفيذية . وقد تكون هذه الجهة هي وزارة الشؤون الاجتماعية أو النيابة العامة أو أية مصلحة أخرى تعين لهذا الغرض . والقضاء هو الحكم ما بين المؤسسة وجهة الرقابة إذا هما اختلفتا في أمر جوهري .

ولقضاء أيضاً أن يعدل في النظام الذي تدار به المؤسسة . وله أن يخفف من التكاليف والشروط المقررة في سند الإنشاء ، بل له أن يلغى إذا كان الإلغاء لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو ضرورياً لتحقيق الغرض من إنشائها . وله أخيراً أن يحكم بإلغاء المؤسسة ذاتها إذا أصبحت في حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله ، أو إذا أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق ، أو إذا صار مخالفاً للقانون أو للأداب أو للنظام العام . وفي هذه الأحكام الأخيرة من التوسعة والترخص ما يجعل نظام المؤسسات أكثر مرونة من نظام الوقف .

ثانياً - الإعسار المرئي (م ٢٤٩ - ٢٦٤) :

كثيراً ما عرض التقنين القديم للإعسار ، ورتب عليه نتائج خطيرة . ولكنه أغفل تنظيم هذا الإعسار ، فصارت الأمور إلى القوضى : لا الدائتون بمطمتين لتصرفات مدينتهم المعسر ، ولا هم مطمتون بعضهم لبعض ، ولا المدين بمطمتين لهم جميعاً . فنظم التقنين الجديد الإعسار تنظيمًا راعى فيه مصلحة الدائنين ومصلحة المدين معاً ، ونحاشي أن تكون هناك تصفية جماعية لأموال المدين المعسر حتى يجنبه ما يستتبع ذلك عادة من إرهاب وعنت . وراعى فيما يتعلق بالمدين أنه أصبح موكولاً إلى نظام أوضح حدوداً ، فلم يعد يلحق به وصف الإعسار بمجرد زيادة دينه على ماله ، بل يشترط أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه مستحقة الأداء ، والقاضي على كل حال لا يشهر إعساره إلا بعد أن يقدر جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فينظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومثوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية .

وإذا شهر إعسار المدين فليس من الحلم إن تحمل ديونه المؤجلة ، إذ يجوز للقاضي أن يبق على الأجل ، وله أن يمد فيه ، بل إن للقاضي أن يسير إلى مدى أبعد ، فينظر المدين إلي ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ذاتها . وبهذا تتاح للمدين المعسر تصفية ديونه وديا في أحسن الظروف ملائمة . والمدين في سبيل التصفية يجوز له أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاه الدائنين ، على أن يكون ذلك ضمن المثل ، وعلى أن يقوم بإيداع الثمن خزانة المحكمة لتوزيعه على الدائنين . وللمدين فوق ذلك ، إذا وقع الدائنون الحجز على إيراداته ، أن يطلب إلى القضاء نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

هذا هو حال المدين من اليسر في هذا النظام . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار من الحماية ما لم يكن متاحاً لهم في ظل التقنين القديم . ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون من أثره ألا ينفذ أى اختصاص . يقع بعد التسجيل على عقارات المدين ، في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . كذلك لا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين . وتميزاً لحماية الدائنين من تصرفات المدين ، قرر التقنين الجديد توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملاً من أعمال الغش التي يضارأ بدائنيه .

ويتبين مما قدمناه أن النظام الذي وضعه التقنين الجديد للإعسار يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة ، فهو يحمي المدين من دائنيه ، ويحمي الدائنين من بعض مدنيهم ، ويحمي الدائنين بعضهم من بعض .

ثالثاً - حوالة الدين (م ٣١٥ - ٣٢٢) :

لم يكن التقنين القديم يعرف في انتقال الالتزام إلا حوالة الحق ولم يكن ينظم حوالة الدين مع وضوح الحاجة إليها . فأضاف التقنين الجديد إلي حوالة الحق حوالة الدين جرباً على سنتن التقنينات الحديثة . هذا إلي أن الفقه الإسلامي قد نظم حوالة الدين تنظيمًا محكمًا دقيقاً ، وإن كان لم ينظم حوالة الحق .

وفي التقنين الجديد تم حوالة الدين إما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز

للدائن أن يطالب المدين الجديد بالدين ذاته ، وجاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفع الى كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . ويضمن المدين الأصلي للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحالة . وقد طبق التقنين الجديد حوالة الدين تطبيقاً نافعاً في حالة تعرض كثيراً في العمل ، هي حالة بيع العقار المرهون رهنًا رسمياً . فإنه يجوز أن يتفق البائع والمشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن ليتخلص البائع من الدين المترتب في ذمته بالحوالة كما تخلص من الرهن ببيع العقار المرهون .

رابعاً - تصفية التركة (م ٨٧٦ - ٩١٤) :

من العيوب البارزة في التقنين القديم أنه في الوقت الذي كان يقر فيه المساعدة الشرعية المعروفة التي تقضي بالآ تركة إلا بعد سداد الدين ، ولو أنه لم ينص عليها في عبارة صريحة ، لم يكن يضع نظاماً لتصفية التركة ، حتى ينسلمها الورثة خالية من الديون مادامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها . وقد كان إغفال هذا النظام سيئاً في أن يقع القضاء والفقهاء في مصر في كثير من الاضطراب والارتباك ، فأراد التقنين الجديد أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص مفصلة ينظم بها تصفية التركة .

وحيثما هنا أن نخيل القارئ على هذه النصوص ، وهي تعتبر دون ريب من أهم ما استحدثه التقنين الجديد .

ب - مسائل تفصيلية متنوعة :

إلى جانب هذه الموضوعات الكاملة استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى تفصيلية تتعقب أهمها فيما يأتي :

في الباب التمهيدى : عدت المادة الأولى مصادر القانون ، فذكرت الفقه الإسلامى من بينها ولا شك في أن هذا كسب جديد للشرعية الإسلامية ، لم تظفر به إلا في التقنين الجديد .

وفي الكتاب الأول : وهو الكتاب الذى خصص للالتزامات بوجه عام استحدث التقنين الجديد (١) عددا نظرية الحوادث الطارئة (م ١٤٧) متساوية

(١) من المسائل التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد ، ونكتفى بالإشارة إليها في هذه الملاحظة ، بقاى التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقد أهليته (م ٩٢) .

قديم التمييز ، فنص على أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعدل الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم (أنظر م ١٦٤ فقرة ٢) . واستحدث كذلك مسؤولية مبنية على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس عن الآلات الميكانيكية وعن الأشياء التي تتطلب حراسها عناية خاصة (أنظر م ١٧٨) وأجاز في المادة ١٧٠ لقاضي ، إذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير .

وفي آثار الالتزام ، أجاز في المادة ٢٠٣ (فقرة ٢) للمدين إذا كان في التنفيذ العيني إلهاق له ، أن يقتصر على دفع تعويض يقضى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً . وأجازت المادة ٢١٩ أن يتم إعذار المدين عن طريق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات . أما في القوائد ، فقد استحدثت التقنين الجديد (م ٢٢٦ - ٢٢٧) أحكاماً هامة ترمي إلى الحد منها مجازاة للزعة في القوانين الحديثة ، فخفض السعر القانوني للقوائد إلى ٤٪ في المسائل المدنية وإلى ٥٪ في المسائل التجارية ، وخفض السعر الاتفاقى إلى ٧٪ . ونص صراحة على أنه يتعين رد ماذفع زائداً على هذا المقدار . وأخذ بيد المدين في حالتين أعفاه فيهما من دفع القوائد أو خفض منها : الحالة الأولى هي حالة ما إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع ، فلقاضي أن يخفض القوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر (م ٢٢٩) . والحالة الأخرى هي حالة ما إذا رسا المزداد في العين المحجوز عليها وفاء للدين ، فلا يكون الدائتون مستحقين لقوائد التأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزداد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه القوائد . على ألا يجاوز ما يتقاضاه الدائتون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزداد أو خزانة المحكمة (م ٢٣٠) وفي هذا رفق واجب بالمدين . واستكمالاً للقيود الهامة التي فرضها التقنين الجديد على القوائد ، نصت المادة ٢٣٢ على أنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع القوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، ونصت كذلك على تحريم القوائد المركبة تحريماً تاماً . وأدخل التقنين الجديد تعديلاً هاماً على قواعد الدعوى

البوليصة ، فنص في المادة ٢٤٠ على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استناداً من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم . وكان التقنين القديم لا يجعل أحداً يستفيد من هذه الدعوى غير الدائن الذى بإسرها . ورد التقنين الجديد (م ٢٤٦) الحق فى الحبس إلى تكييفه القانونى الصحيح ، فجعله دفعاً بعدم التنفيذ ، لاحقاً علينا كما كان يذهب إليه التقنين القديم ، فأزال هذا التكييف الصحيح ما كان يعترض الحق فى الحبس من صعوبات ترجع إلى القواعد الخاصة بشهر الحقوق العينية ، ويمكن من تعميم هذا الحق فى جميع صورته المنطقية عن طريق رده إلى قاعدة عامة ، بعد أن كان مقصوراً فى التقنين القديم على حالات معينة ذكرت على سبيل المحصر .

وفى حوالة الحق ، جعلت الحوالة ثم دون حاجة إلى رضاه المدين (م ٣٠٣) وكان التقنين القديم - الوطنى دون المختلط - يشترط هذا الرضاء . وكان فى هذا تعطيل لتعامل لا يمرر له ، وتختلف عن التمشي مع القوانين الحديثة تحت أثر وهم خاطيء أن هذا هو حكم الفقه الإسلامى ، والحق أن هذا الفقه غير مستول عن هذا العيب ، لأنه لا يعرف حوالة الحق أصلاً . وقد توهم بعض الفقهاء المصريين أن ما يسميه الفقه الإسلامى فى دقة تامة بحوالة الدين ، ويشترط فيه رضاه المدين ، هو هذا الذى نسميه نحن فى قوانيننا الحديثة بحوالة الحق ، والفرق ظاهر بين الحوالتين .

وفى انقضاء الالتزام ، جعل التقنين الجديد الإبراء يتم بإرادة الدائن وحدها دون حاجة إلى رضاه المدين (م ٣٧١) وكان التقنين القديم يشترط هذا الرضاء ، وفى هذا التجديد رجوع إلى قواعد الفقه الإسلامى . أما التناقد فقد جعلته مدته ثلاث سنوات فى الالتزامات التى تنشأ من مصادر غير تعاقدية ، كالاتزامات التى تنشأ من العمل غير المشروع وتلك التى تنشأ من قواعد الإثراء بلا سبب كالفصالة واسترداد ما دفع دون حق . وقد نغمي التقنين الجديد فى هذا التجديد منحي التقنينات الحديثة . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، فإن الالتزام الذى يفرضه القانون على المدين فرضاً ولا يرجع فيه إلى إرادته لا يجوز أن يبقى فى الذمة أكثر من ثلاث سنوات من وقت العلم به ، بخلاف ما ارتفضاه المدين بإرادته من الالتزامات التى تعاقد عليها ، فهذه تدوم خمس عشرة سنة . وجعل التقنين الجديد الحق فى إبطال العقد نقص فى الأهلية أو لعيب من عيوب الرضاء يتقادم هو

أيضا بثلاث سنوات ، حتى يستقر التعامل ولا يبقى سيف الإبطال مصلتا على العقود يتهدها بالزوال مدة طويلة .

وفي الكتاب الثاني : وهو الكتاب الذى خصص للعقود المسماة - أدخل التقنين الجديد فى البيع تعديلين متفاوتين فى الأهمية . أولهما يجعل دعوى الضمان فى العيوب الخفية لا تسقط إلا بسنة كاملة (م ٤٥٧) وكانت فى التقنين القديم تسقط بثمانية أيام وهي مدة شديدة القصر . والتعديل الثانى ، وهو أهم بكثير من التعديل الأول : حرم بيع الوفاء تحريما باتا (م ٤٦٥) ، وهذه هي نهاية الشوط فى مراحل التطور لهذا البيع . فقد كان من قبل جائزا دون قيد . ولما استكثر التعامل منه ضروبا هي رهن حيازة مستتر يخفى الربا الفاحش ، حرمه المشرع المصرى فى صورته الساترة للرهن . وقد دلت التجارب على أن يوع الوفاء فى مصر ليست إلا رهونا مستترة ، فأبطلها التقنين الجديد جميعا ، فى صورتها الساترة والسافرة .

وفى عقد الشركة أدخل التقنين الجديد تعديلا فى حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله . فقد كان التقنين القديم يجعل نصيب هذا الشريك فى الربح أقل الأنصبة ، وقد يكون عمله هو النشاط الجوهري الذى تقوم عليه الشركة . فنصت المادة ٥١٤ (فقرة ثالثة) من التقنين الجديد على أن هذا الشريك يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من عمله ، وهذا هو الحكم العادل .

وكان التقنين القديم - جريا على سنن القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى - يسمي طائفة من العقود ، هي القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة ، عقودا عينية ويجعلها لا تتم إلا بالتسليم . وعينية هذه العقود بقية تخلقت عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون لا يسلم بأن رضاء المتعاقدين وحده كاف لانعقاد العقد فى غير طائفة معينة من العقود سماها عقودا رضائية . وكان يتطلب فى كل طائفة من طوائف العقود الأخرى ركنا غير الرضاء يختلف باختلاف كل طائفة . فكان يقتضى فى طائفة العقود العينية ركن التسليم . والآن وقد أصبح رضاء المتعاقدين كافيا لانعقاد العقد فى غير طائفة العقود الشكلية ، فقد زالت الحكمة فى اشتراط العينية فى بعض العقود . ولم يعد هناك مسوغ لبقائها ،

وقد اخذت فعلا في كثير من التقنيات الحديثة . واخذت كذلك في التقنين الجديد (١) .

وفي عقد القرض استحدث التقنين الجديد حكما هاما ، فنص في المادة ٥٤٤ هـ على أنه إذا اتفق على القوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء القوائد المستحقة عن الستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد ، أو الحد منه .

وفي عقد الإيجار استحدث التقنين الجديد تعديلا هاما ، فجعل التزام المؤجر التزاما إيجابيا هو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (م ٥٨٨) ، وكان التزام المؤجر في التقنين القديم التزاما سلبيا يقتصر على ترك المستأجر ينفع بالعين . واقتضي هذا التعديل الجوهرى نصا صريحا في التقنين الجديد (م ٥٧٦) يلزم المؤجر بضمان العيوب الخفية . كذلك حذف التقنين الجديد نصا كان موجودا في التقنين القديم ، يقضي أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ، إذ لا يوجد مسوغ لهذا الخروج على القواعد العامة .

وعلى النقيض من عقد الإيجار ، يقتضي عقد الكفالة تشددا من ناحية الإثبات ، فإن الكفيل يكون متبرعا في أكثر الأحيان ، ويفلح أن يكون قد تورط في كفالة لا تثبت أن تعود عليه بالفرم ، ومن ثم وجب التثبت من رضائه بالكفالة . فنص التقنين الجديد على أن هذا العقد لا يثبت إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام المكفول بالينة (م ٧٧٣) .

وفي الكتاب الثالث : وهو الكتاب الذى خصص للحقوق العينية الأصلية ، استحدث التقنين الجديد تعديلات هامة في حق الملكية وأسباب كسبها .

(١) هذاع استثناء هبة القول ، فإنها تم في إحدى صورتها بالقبض تنطبق أحكام الشريعة الإسلامية . وقد نصت المادة ٤٨٨ في هذا الصدد على ما يأتي : « ١٥ - تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقت باطله ، ما لم تم تحت ستر عقد آخر . ٢ - ومع ذلك يجوز في القول أن تم الهبة بالقبض دون حاجة لل ورقة رسمية » . ويستخلص من هذا أن هبة القول ، إذا لم تحت تحت ستر عقد آخر ، تم إما بورقة رسمية وإما بالقبض .

فأجاز لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لألاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما (م ٨١٣)؛ وقيد المثل المنحرف بأن يكون على مسافة تقل عن خمسين ستيومترا من حرف المثل (م ٨٢٠). ووضع قواعد لإدارة المال الشائع جعل فيها الحكم لأغلبية الشركاء إذا تعنت الأقلية ووقفت حجر عثرة في سبيل الإصلاح (م ٨٢٨)؛ وجعل الحكم لأغلبية الشركاء كذلك حتى لو قررت هذه الأغلبية؛ في سبيل تحييد الانتفاع بالمال الشائع، من التغييرات الأساسية والتعديل في الفرض الذي أعدله المال الشائع ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة (م ٨٢٩)؛ بل وحتى لو قررت التصرف في المال الشائع مستندة في ذلك إلى أسباب قوية (م ٨٣٢). وقصرت المادة ٨٣٣ حتى استرداد الحصة الشائعة على المنقول؛ أما العقار فاكتمت فيه بالشفعة، وبذلك حدد التقنين الجديد تحديدًا علميًا واضحًا نطاق كل من نظامين متقاربين، أخذ أحدهما من التقنين الفرنسي وهو حق الاسترداد، وأخذ الآخر من الفقه الإسلامي وهو الشفعة. وأدخل التقنين الجديد في الملكية الشائعة نظامين جديدين، هما نظام ملكية الأسرة (م ٨٥١-٨٥٥) ونظام اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢-٨٦٩). أما النظام الأول فالغرض منه تنظيم إدارة المال الشائع ما بين أعضاء الأسرة الواحدة تنظيمًا من شأنه أن يجعل هذه الإدارة ميسرة. فأجيز الاتفاق على إنشاء ملكية للأسرة تبقى مدة تطول إلى خمس عشرة سنة لا يجوز في خلالها لأحد من الشركاء أن يطلب القسمة. وجعل للشركاء الحق في تعيين واحد منهم لإدارة المال الشائع، وأعطى لهذا المدير سلطة واسعة تصل إلى حد أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الفرض الذي أعدله المال المشترك ما يحسن طرق الانتفاع به. وهذا النظام يستجيب لحاجة من حاجات المجتمع المصري في الريف. فكثيراً ما تستيق الأسرة الأرض شائعة بين الورثة بعد موت المورث، ويتولى الإدارة كبير الأسرة. فأوجد التقنين الجديد نظاماً مستقراً لهذه الحالة. والنظام الآخر - نظام اتحاد الملاك - يراد به تيسير السبيل للأوساط من الناس أن يفتشوا مساكن تكون ملكاً لهم، فأجيز تكون اتحاد لبناء المساكن أو مشتراها وتوزيع ملكية طبقاتها على أعضاء الاتحاد، كما أجيز للملاك طبقات البناء أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم. ويضع الاتحاد، في كل من هاتين الصورتين، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك، ويكون له أمور يتولى تنفيذ قراراته.

وفي هذا تيسير لإدارة المرافق المشتركة للمباني ذوات الطبقات ، وتشجيع على إنشاء هذه المباني ، مما يعين على التصريح من أزمة المساكن في المدن المكتظة بالسكان .
وفي الاستيلاء كسبب للملك ، اشترط التقنين الجديد فيمن يبيع الأرض الموات بقصد تملكها أن يكون مصرياً (م ٨٧٤ فقرة ٣) ولم يكن هذا الشرط واجبا في التقنين القديم .

وفي الالتصاق ، إذا أقام شخص منشآت على أرض الغير وكان يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .
وقد استحدث التقنين الجديد هنا حكماً ، فأجاز في الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ لصاحب الأرض ، إذ كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهقه ، أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل . وفي حالة أخرى ، إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، أجازت المادة ٩٢٨ له محكمة إذا رأت عملاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجارهِ عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك في نظير تعويض عادل .

وفي الشفعة ، عالج التقنين الجديد نقصاً في التقنين القديم ، فأباح المادة ٩٤٠ لمن يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه .
وكان التقنين القديم يسقط حق الشفع أيضاً إذا لم يعلن الرغبة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع ، وكانت واقعة العلم هذه تثير منازعات كثيرة من ناحية الإثبات ، فوقف التقنين الجديد عند الإنذار الرسمي دون العلم .
وضيق التقنين الجديد حق الأخذ بالشفعة عما كان الأمر عليه في التقنين القديم وذلك من نواح عدة : أوجب في خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أن يودع الشفع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع (م ٩٤٢) وأن يقيد دعوى الشفعة بالجدول (م ٩٤٣) ، وأسقط الحق في الأخذ بالشفعة بمقتضى المادة ٩٤٨ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (وفي التقنين القديم إذا انقضت ستة أشهر) أو زل الشفع عن هذا الحق ولو قبل البيع (وفي التقنين القديم لم يكن يعتد بنزول الشفع عن الحق

قبل البيع) ، كما لم يجز الأخذ بالشفعة ، بمقتضى المادة ٩٣٩ ، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (وفي التقنين القديم لم يكن يجوز الأخذ بالشفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة) .

وفي الكتاب الرابع : وهو الكتاب الذى خصص للتأمينات العينية ، عالج التقنين الجديد فى الرهن الرسمى رهن الحصة الشائعة ، فنصت المادة ١٠٣٩ على أن الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع يبقى نافذا أيا كانت النتيجة التى ترتب على قسمة العقار فيها بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته ، وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفزرا من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل . وهذا الحكم الجديد من شأنه أن يطمئن مرتين الحصة الشائعة على ضمانه . وميز التقنين الجديد (م ١٠٣٣) بين رهن ملك الغير ويقع قابلا للإبطال ، ورهن المال المستقبل ويقع باطلا . وأجاز للدائن (م ١٠٩٧) أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره دون أن يكون مضطرا إلى زيادة المشر كما كان الأمر فى التقنين القديم .

ولم يُلغِ التقنين الجديد حتى الاختصاص ، ولكنه قلل من عيوبه إلى حد بعيد . فأوجب أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ قرة ١) . وأجاز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين (م ١٠٩٤ قرة ١) ، ولم يستلزم ، من ناحية أخرى ، أن يقدم الدائن صورة رسمية من الحكم للحصول على حق الاختصاص ، بل اكتفى بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم (م ١٠٨٩) وهذه الشهادة يمكن الحصول عليها فى يوم صدور الحكم .

وسد التقنين الجديد ثغرة فى التقنين القديم بإيجاد حق امتياز للمقاولين وللمهنيين للممارين (م ١١٤٨) . وقد عجل قانون الشهر العقارى إصلاحا آخر ، بأن جعل حق امتياز بائع العقار ورهن الحيازة العقارى خاضعين لنظام التقييد دون نظام التسجيل .

هذه هي أهم الأحكام التى استحدثها التقنين الجديد . وغنى عن البيان أن

أى حكم منها لا يسرى على الماضي ، ولا يطبق إلا فيما يستجد من الوقائع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ نفاذ التقنين الجديد . وقد يثير عدم سريان هذه الأحكام على الماضي مشاكل نعالجها في مواضعها من هذا الكتاب .

٢ — ما قنن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل

وهذه طائفتان . طائفة هي الأحكام التي قررها القضاء المصري دون نص في ظل التقنين القديم ، وهي أحكام على درجة كبيرة من الأهمية والخطر ، ولم تكن بقتة قننتها التقنين الجديد . والطائفة الثانية أحكام كان منصوباً عليها في التقنين القديم : ولكن النصوص كانت إما معيبة فهذهما التقنين الجديد ، أو ملسوسة في مكان غير التقنين الملغى فنقلها التقنين الجديد إلى مكانها الصحيح .

١ — الأحكام التي قررها القضاء المصري في ظل التقنين القديم

دوره نصي قننتها التقنين الجديد :

هذه الأحكام تبلغ أكثر من نصف نصوص التقنين الجديد . فقد انتفع هذا التقنين انتفاعاً بعيد المدى بالقضاء المصري السابق ، من وطني ومختلط ، وقنن المبادئ الهامة التي أقرها هذا القضاء في خلال سبعين عاماً عمل فيها في ظل التقنين القديم .

ففي الباب التمهيلي ، وردت نصوص صريحة في نظرية التصف في استعمال الحق وفي الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وفي الجمعيات . وهذه المسائل لم يكن التقنين القديم يتناولها ، ولكن القضاء المصري كان قد أقر مبادئها ووضع أسسها .

وفي نظرية الالتزام ، أخذ التقنين الجديد بأحكام القضاء المصري في طائفة كبيرة من النصوص . ففي العقد والعمل القانوني نقل عن القضاء المصري كيف تتوافق الإرادتان ، وكيف يتعاقد الغائبان ، وأورد نصوصاً صريحة في مبادئ كان القضاء المصري قد أقرها ، كالنيابة في التعاقد ، والعقد الابتدائي ، والعربون ، والاستغلال ، وإنقاص العقد ، ونحوه ، والخلف الخاص ، وعقود الإذعان ،

والتعهد عن الغير ، والدفع بعدم تنفيذ العقد ، والوعد بمجازة . وفي مصادر الالتزام غير العقد نقل عن القضاء مسائل كثيرة ، كملاقة السببية في المسؤولية التصهيرية ، وأسباب دفع المسؤولية ، وطرق التعويض المختلفة ، وإجماع التقادم المدعى والتقدم الجناحى ، ونظرية الإثراء بلا سبب . كذلك قن التقنين الجديد اقتضاء المصير في مسائل أخرى غير مصادر الالتزام ، كالاتزام الطيعي ، والالتزام بالتخاذ الحيلة ، ونظرية التهديد المالى ، والخطأ المشترك ، والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، والضرر المباشر ، والضرر الأدبى ، والمطالبة القضائية بالفوائد ، وجواز تخفيض الشرط الجزائى إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، ودعوى الصورية ، والوفاء بمقابل ، وتجديد الحساب الجارى ، والإثابة ، وتقادم الربح ، وتقادم الاستحقاق فى الوقف ، وبدء سريان التقادم ، ووقته ، وانقطاعه ، والزول عنه ، وتجديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ، ودفائر التجار ، والأوراق المتزيلة ، وجواز منع توجيه التمين الحاسمة ، وجواز إثبات الحث فيها .

وفى العقود المسماة ، قن التقنين الجديد أحكام القضاء فى البيع بالتقسيط ، وفى إقرار المشتري بالاستحقاق ، وفى ضمان صلاحية المبيع ، وفى تقديم الشريك نفوذه حصص فى الشركة ، وفى القواعد التى تنظم إدارة الشركة ، وفى المسؤولية عن ديون الشركة ، وفى استمرار الشركة مع القصر ، وفى إثبات الصلح بالكتابة ، وفى ضمان المؤجر للميوب الخفية ، وفى حريق العين المؤجرة ، وفى التحسينات التى يستحدثها المستأجر ، وفى أثر موت المستأجر فى انقضاء عقد الإيجار ، وفى انتهاء الإيجار بالحوادث الطارئة وبانتقال الموظف وبهلاك الزرع ، وفى عدم إنقاص أجر الوكيل إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة ، وفى نائب الوكيل ، وفى مسؤولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل ، وفى تعدد الوكلاء ، وفى ودية الفنادق ، وفى كفالة ناقص الأهلية ، وفى تزاحم الدائن مع الكفيل فى الرجوع على المدين . كما أورد التقنين الجديد عقوداً كاملة كان القضاء المصرى قد أقر مبادئها الأساسية ، كعقد التزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين .

وفى الحقوق العينية الأصلية ، نقل التقنين الجديد عن القضاء المصرى حقوق الجوار ، وحق الشرب والمسيل ، وحق المرور ، والحفاظ المشترك ، وشرط عدم التصرف ، وكثيراً من أحكام الملكية الشائعة ، والقسمة ، والشروع الإجارى ، وملكية الطقات ، والتصرفات الصادرة فى مرض الموت ، وتزاحم الشفعاء ،

وحق السكنى ، والقيود التى تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء .

وفى التأمينات المعينة ، نقل التأمين الجديد أحكام القضاء المصرى فى شرط تمامك الرهن عند عدم الوفاء ، وفى زول الدائن المرتهن عن مرتبته ، وفى الحائز للعقار المرهون ، وفى بعض أحكام التطهير ، وفى منع حق الاختصاص بعد إحصار المدين أو موته ، وفى رهن الدين رهن حيازة ، وفى ترتيب حقوق الامتياز ، وفى التفضيلات المتعلقة بامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفنتق .

ب - الأعلام التى كانت تقوم على نص كبرى :

نصوص كانت معينة فهزيت : كان التأمين القديم يشتمل على نصوص معينة فهزيتها التأمين الجديد . من ذلك النصوص المتعلقة بتقسيم الأشياء والأموال ، والنصوص التى وردت فى الغلط ، وفى السبب ، وفى البطلان ، وفى الاشتراط لمصلحة الغير ، وفى مسئولية المكلف بالرقابة ، وفى مسئولية المتبوع ، وفى دفع غير المستحق ، وفى الفضالة ، وفى الدعوى غير المباشرة ، وفى الدعوى البوليصية ، وفى الحق فى الحبس ، وفى التضامن ، وفى المقاصة ، وفى وقف التقادم ، وفى البيع فى مرض الموت ، وفى عقد المقاوله ، وفى الحراسة ، وفى القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وفى نظرية الحيازة ، وفى نظرية حق الارتفاق .

نصوص كانت فى صلبها آتت فنقلت الى التأمين المرنى : نقل التأمين الجديد هذه النصوص إليه ووضعها فى مكانها الصحيح . من ذلك النص على مصادر القانون ، وكان وارداً فى لائحة المحاكم الوطنية . وأحكام الأهلية والهبة وإيجار الوقف والمكر ، وكان الباحث يلتصقها فى كتب الفقه الإسلامى . وأحكام العرض الحقيقى والإبناح والحالة بين حجزين وإجراءات حق الاختصاص والبقاء فى الشيوع لمدة معينة ، وهذه الأحكام كانت عشورة بين نصوص تأمين المرافعات . وقسمه المورث ، وقد وردت نصوصها فى قانون

الوصية . والشفعة ، وكانت قد فصلت عن التقنين المدني وصدر بها قانون خاص (١) .

(١) ويجب التمييز في التشريعات المدنية التي كانت منفصلة عن التقنين المدني القديم ، بين :

« أ » تشريعات مدنية وضمت على سبيل الدوام والاستمرار ، وهي في الواقع من الأجزاء من القانون المدني ، وإن كانت منفصلة مادياً عن التقنين المدني ، وذلك كالتشريعات الخاصة بالشفعة والشهر الخاري وبالقوائد والبرى وبحرق البحر . وقد اعتبرت هذه التشريعات ضللاً جزءاً من التقنين المدني القديم ، وأدمج الكثير منها في التقنين المدني الجديد ، وإن بقي بعضها منفصلاً عنه لأسباب خاصة كقانون الشهر الخاري وقانون الرى .

« ب » تشريعات خاصة صدرت في ظروف استثنائية للمساكن معينة ، وعاشت إلى جانب التقنين المدني القديم ، مستقلة عنه ولا صلة لها به ، فلا تبقى بقيائه ، ولا تزول بزواله . وإنما هي تبقى ببقاء الظروف الاستثنائية التي كانت سبباً في صدورهما ، وتزول بزوال هذه الظروف . مثل ذلك التشريع المطلق بعدم جواز إخلاء الأماكن للأجرة وتعيين حد أقصى للأجرة ، والتشريع الخاص بالاستيلاء لأغراض التعليم وأغراض التويز ، والتشريع الخاص بتجزئة الضمان . كل هذه التشريعات الاستثنائية تعتبر مستقلة عن القانون المدني ، ولم يلقها التقنين المدني الجديد ، وإنما هي باقية بقاء الظروف الاستثنائية التي استدعت صدورهما ، ولا تزول إلا إذا ألغيت بتشريع خاص أو إذا انقضت لمدة التي قدرت لبقائها .

(٤)

الاتجاهات العامة للتقنين الجديد

(موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة .)
(التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة)

١ — موقف التقنين الجديد

من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة

يحسن ، حتى نرمس موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة ، أن نبين أولاً أهم هذه الاتجاهات . ويمكن ردها إلى اتجاهين رئيسيين : (الاتجاه الأول) يتعلق بالمدى الذى يسلم به تقنين معين بمبدأ سلطان الإرادة ، والحد الذى يفصل فى هذا التقنين ما بين المنطقة التى تنظمها الإرادة والمنطقة التى ينظمها القانون . (والاتجاه الثانى) يتعلق بمقدار ما ينطوى عليه تقنين معين من نزعة ذاتية *tendance subjective* ، ومقدار ما ينطوى عليه من نزعة موضوعية *tendance objective* ، وأية نزعة من هاتين النزعتين هي المتغلبة على الأخرى فى هذا التقنين . وهذا الاتجاه الرئيسى الثانى ينطوى على اتجاهات متنوعة . ذلك أن النزعة الذاتية أو النزعة الموضوعية للتقنين تفرض عليه موقفاً معيناً إزاء تنازع نظريات متعارضة فى أمور ثلاثة : (١) الأمر الأول — أى المنهجين نختار فى تصوير الالتزام : المذهب الشخصى أو المذهب المادى ؟ (٢) والأمر الثانى — أية النظريتين نختار فى التعبير عن الإرادة : نظرية الإرادة الباطنة أو نظرية الإرادة الظاهرة ؟ (٣) والأمر الثالث — حظ التصرف المجرد *acte abstrait* بالنسبة إلى التصرف المسبب ، وهل يجوز أن يكون للأول مكان يحتله مجوار المكان الذى يحتله الثانى ؟ فالنزعة الذاتية تفرض اختيار المذهب الشخصى للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الباطنة . ولا تجمل للتصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف المسبب . أما النزعة الموضوعية فعلى التقيض من ذلك نختار المذهب المادى للالتزام ، وتؤثر

نظرية الإرادة الظاهرة ، وتجعل التصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف المسبب .

ومن ثم فالانجاءات العامة للتقنيات الحديثة يمكن جمعها حول المسائل الأربع الآتية : (١) مبدأ سلطان الإرادة . (٢) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام . (٣) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة . (٤) التصرف المسبب والتصرف المجرد .

ويقال عادة إن هذه الانجاءات العامة في جملتها تفصل ما بين التقنيات اللاتينية والتقنيات الجرمانية . فالأولي مشبعة بروح الفردية بالنسبة إلى مبدأ سلطان الإرادة فتأخذ به إلى مدى بعيد ، أما الأخرى فشعة بروح الجماعة فتضع قيوداً كثيرة على هذا المبدأ . والأولي تأخذ بالنظرية الشخصية للالتزام ، بينما تأخذ الأخرى بالنظرية المادية . وتؤثر الأولى نظرية الإرادة الباطنة ، بينما تؤثر الأخرى نظرية الإرادة الظاهرة . والتصرف المسبب هو القاعدة في التقنيات الأولى ، أما التقنيات الأخرى فتبرز إلى جانب التصرف المسبب التصرف المجرد وتضع له نظرية عامة .

على أن هذا القول يلقى على عواهنه دون تحميم . وهو إذا صدق فإنما يصدق في الناحية التقنية أكثر مما يصدق في الناحية التشريعية . ذلك أنه لا يوجد تقنين حديث انحاز انحيازاً مطلقاً إلى أحد الانجاءين ، ونبد بتاتا الانجاء الآخر . فالتقنين الألماني - وهو عنوان التقنيات الجرمانية - احترام مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، واعتد بالنصر الشخصي في الالتزام ، وأخذ بالإرادة الباطنة في كثير من النواحي ، وعرف التصرف المسبب فاعتبره باطلاً إذا كان مخالفاً للأداب ، وجعله قابلاً للإبطال إذا شاب الإرادة عيب . والتقنين الفرنسي - وهو عنوان التقنيات اللاتينية - يضع قيوداً كثيرة على مبدأ سلطان الإرادة ، ويعتد في بعض الحالات بالنصر للمادة في الالتزام ، ويأخذ بالإرادة الظاهرة في بعض النواحي ، ويعرف التصرف المجرد ولو على سبيل الاستثناء . فالفصل ما بين التقنيات الجرمانية والتقنيات اللاتينية في هذه الانجاءات لا يجوز أن يكون فصلاً تاماً . والذي يمكن أن يقال في هذا الصدد أن نزعة التقنيات الجرمانية أقرب إلى انجاءات منها إلى انجاءات أخرى ، وعلى العكس من ذلك التقنيات اللاتينية ، ولكن دون أن نستبعد هذه

الاتجاهات الأخرى استبعاداً تاماً عن كل من النظامين (١). أضف إلى ما تقدم أن القوانين اللاتينية تأثرت في الحسنيين عاما الأخيرة ، منذ ظهور التقنين الألماني ، بالنزعة الجرمانية تأثراً كبيراً . وقامت حركة تهدف إلى هذا الغرض ، حل سالي (Saleilles) لوامها في مسهل القرن العشرين . وبرز هذا الطابع في التقنينات اللاتينية الحديثة التي ظهرت في القرن الحالي . ترى ذلك واضحا في التقنينين التونسي والمراكشي ، وفي التقنين اللبناني ، وفي المشروع الفرنسي الإيطالي ، وفي التقنين الإيطالي الجديد ، وفي تقنينات أخرى متخيرة كالقنين البولوني والتقنين البرازيلي والتقنين الصيني . وكان من أثر ذلك أن أصبحت هناك فروق محسوسة بين القنين المدني الفرنسي أوتقنين نابليون (Code civil français) والقانون المدني الفرنسي (Droit civil français) وانفجرت مسافة الخلف بينهما (٢).

أما القنين المصري الجديد فقد بدأ في مشروعه التمهيلي يتأثر تأثراً ظاهراً بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هذا التأثير أخذ يخف تدريجاً في المراحل التالية ، وقد خف بنوع خاص في المشروع النهائي أمام لجنة المراجعة ، ثم في المشروع الذي أقرته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ . وهو في الصورة الأخيرة التي صدر بها قد انحاز انحيازاً نهائياً إلى النظام اللاتيني . وإذا كانت هناك بقايا من النزعة الجرمانية لا يزال موجودة (٣) ، فذلك هو القندر الذي تأثرت في حلوده القوانين اللاتينية ذاتها فقها وتشريعاً بالنزعة الجرمانية . وقد تأثر تبعاً لها القنين المصري الجديد ، حتى صح أن يقال إن هذا القنين لا يزال متميماً للنظام اللاتيني لا في دائرة القنين المدني الفرنسي بالذات ، ولكن في دائرة أوسع هي دائرة

(١) أنظر في هذا للمع الدكتور محمود أبو عافية في رسالته «التصرف القانوني المبرء» نسخة عربية من ٢٧٤ — ٢٧٩ ، والدكتور أحمد زكي الشفيق في المذكرة التي تقدم بها إلى معهد القانون للدارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ من ٢٥ — ٢٦ ، وانظر بنوع خاص ماورد في هذه المذكرة (من ٣٧ — ٤٠) عن نظرية التقة (Vertrauenshaftung) التي أخذ بها القنين الألماني متوسطاً في ذلك بين نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة البليغة .

(٢) أنظر في هذا للمع التقرير الذي تقدم به الأستاذ موري (Meury) إلى مؤتمر الأسبوع الدولي لقانون القنى عقد بباريس سنة ١٩٥٠ من ١٢ . وانظر الأستاذ بين القنين الجديد وبين القانون الفرنسي من جهة والقانون الألماني من جهة أخرى في من ١٠ إلى ١٢ .

(٣) مثل ذلك تعريف القند والمباير الموضوعية والعود التي تقوم على الإرادة الظاهرة وغير ذلك مما سنورده تفصيلاً فيما يلي .

القانون المدنى الفرنسى المتأثر ببعض النزعات الجرمانية (١).

وإذن لم يخرج التقنين المصرى الجديد على تقاليد اللاتينية ، بل بقي محضاً بها . والزمع بأن هذا القانون قد أحدث ثورة وانقلاباً فى الأوضاع المدنية التى كانت قائمة قبله زعم لا يقوم على أساس . فلا ثورة ولا انقلاب ، ولكن تسجيل لما تم فعلاً من تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية . وقد استبقى التقنين الجديد النظام اللاتينى أساساً له . ولكن النظام اللاتينى الذى استبقاه ليس هو ذلك النظام الذى ساد التقنين المدنى الفرنسى فى مقتبل القرن التاسع عشر ، بل النظام الذى تطور مسيراً للحاجات العملية وتخطى أعناق السنين حتى وصل إلى منتصف القرن العشرين . فالقول بالثورة والانقلاب قول يخالف الواقع ، وينطوى على تجاهل لما تم من تطور فى النظم اللاتينية فى مدى قرن ونصف قرن . وننظر الآن فى ضوء ما قدمناه إلى موقف التقنين الجديد من هذه الاتجاهات العامة التى أسلفنا ذكرها .

١ - مبدأ سلطان الإرادة :

وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفاً معتدلاً . فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يفتى فى سلطان المشرع وسلطان القاضي ، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تنجبه إلى إحداثه . ولا هو تركه

(١) أنظر فى هذا الموضوع تقرير الأستاذ مورى المشار إليه وتقرير الدكتور شفيق شحاته المقدم إلى مؤتمر أسبوع الدول الذى تقدم ذكره . وجاء فى ميسوط القانون المقارن للأساتذة بير أرماتجون والبارون بوريس نولد ومارتن وولف ، باريس ١٩٥٠ جزء ثانى ص ٦١٨ (Traité de Droit Comparé, par Pierre Arminjon, Baron Boris Nold, Martin Wolff, Paris 1950, II, page 618) ، فى تقدير التقنين الجديد ما يأتى : « إن مبادئ (التقنين المصرى الجديد) ، وتكييفاته القانونية ، ومصطلحاته الفنية ، وقواعده الأساسية ، هى و مجموعها متأثرة فى القانون الفرنسى . على أن التقنين المصرى الجديد هو بالرغم من ذلك عمل مبتدع لا يتأثر به من وضوح ودقة » .

(Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français. Cette oeuvre, remarquable par sa clarté et sa précision, est néanmoins originale) .

يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية ويحتلبد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة .

استبقى القيود التي كان التقنين القديم يرسمها حدودا لسلطان الإرادة . فلا يزال هناك عقود شكلية روعي في شكليتها اعتبارات تمت للنظام العام ، أو تتجه لحماية أطراف العقد أنفسهم . ولا تزال العقود الرضائية ذاتها محصورة في نطاق النظام العام والآداب . ولا تزال الحدود المادية للنغن في بعض العقود قائمة كما في بيع عقار القاصر وإيجار الوقف ، بل زاد التقنين الجديد عليها عقد القسمة إذا زاد النغن فيه على الخمس (م ٨٤٥) .

واستحدث قيودا جديدة طاول فيها التطور الاجتماعي والاقتصادي لقانون طوال المصور الأخيرة ، بل سجل في بعضها ما كان القضاء المصري ذاته قد وصل إليه من حلول عن طريق هذا التطور .

فقد من سلطان الإرادة عند تكوين العقد ، بأن وسع من نطاق النغن ، وحوره من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة ، إلى نظرية ذاتية مرة تتناول جميع العقود . فرسم بذلك للإرادة حدودا جديدة لامتدادها ، ومنع أن يستغل المتعاقد طيشاً أو هوى آنسه في المتعاقد الآخر حتى لورضي هذا بما وقع عليه من نغن ، إذ أن إرادته في هذه الحالة لا تكون صحيحة ، ولا يرب القانون عليها أثرها (أنظر المادة ١٢٩) . ومثل الاستغلال الإذعان ، رسم التقنين الجديد له أيضاً حدودا لسلطان الإرادة عند تكوين العقد ، وذلك إذا كان قبول المتعاقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . وإذا كان المتعاقد في حالة الاستغلال يستغل في المتعاقد الآخر ظروفاً شخصية خاصة ، فهو في حالة الإذعان يستغل فيه ظروفاً اقتصادية عامة ، والمتعاقد المغبون مدعن في الحالتين . ومن ثم قيد القسانون من سلطان الإرادة في حالة الإذعان كما قيد منها في حالة الاستغلال . فقضي بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة (أنظر المادة ١٤٩) (١) ، بل إن التقنين

(١) ويمكن القول ، من ناحية نظر أخرى ، أن ما رتبته القانون من جزاء على الاستغلال والإذعان هو احترام لسلطان الإرادة ، وإذا كان القانون لا يحدد اعتدالاً كاملاً بالإرادة للتعقيد أو للذعنة ، فذلك لأن الإرادة هنا لم تستكمل حريتها ، ولا سلطان إلا للإرادة الحرة .

المجديد سار في الحد من سلطان الإرادة إلى مدى أبعد . فآلزم ، كما قلنا في إدارة المال الشائع وفي التصرف فيه . أقلية الملاك في الشيوع أن تخضع لإرادة الأغلبية (أنظر المواد ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وجعل زمام الإدارة في يد الأغلبية إذا كون ملاك طبقات البناء الواحد اتحادا فيما بينهم (أنظر المواد ٨٦٤ و ٨٦٥ و ٨٦٦ و ٨٦٧) (١) . وفي هذا كله خروج على مبدأ سلطان الإرادة ، ولكن التقنين الجديد ضحي بهذا المبدأ رعاية لمصلحة أعلى هي أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك في الشيوع . ولم يقتصر التقنين الجديد على إحلال إرادة المشرع محل إرادة المتعاقد كما رأينا في الأمثلة السابقة ، بل زاد على ذلك أن أحل في بعض الحالات إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد كما سنرى (أنظر المادة ٩٥) .

وقيد من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد ، فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ نقابل نظريتي الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد ، ونص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ على أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها ، وترتب على حلولها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة قاذحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» . وطبق هذه النظرية تطبيقا خاصا في عقدي الإيجار والمقاولة . فنص في الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جلت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا» (أنظر أيضا المادة ٦٠٢ فقرة ٢ والمادة ٦٠٩) . ونص في الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ على أنه «إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد» . وكجواز إنقاص الالتزام الذى أصبح مرهقا لحوادث

(١) أنظر أيضا في حالتين أخريين للادتين ٩٢٥ و ٩٢٨ .

طارة جواز تخفيض التعويض في الشرط الجزائي إذا تبين عند تنفيذ العقد أن التعويض المتفق عليه يزيد كثيراً على الضرر الذي وقع فعلاً ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أنه ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التضدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة . ومثل ذلك أيضاً أن يقتصر المدين على دفع تعويض تقديري إذا تبين أن في التنفيذ المعنى إرهاقاً له ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ على أنه وإذا كان في التنفيذ المعنى إرهاقاً للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض تقديري إذا كان ذلك لا يلحق بأندان ضرراً جسيماً . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ ، وهي تضع الجزاء على مخالفة القيود التي تحد من حق مالك العقار في البناء ، على أن وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا ، ومع ذلك يجوز الاقتصاص على المحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك . ومثل ذلك أخيراً ما رتبته التقنين الجديد على قدير الظروف في تعديل حق الارتفاق وفي إنهائه . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ ، في صدد النهي عن إبدال موضع آخر بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق ، على ما يأتي : « ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق » . ونص في المادة ١٠٢٩ على أن ولمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم يبق له غير فائدة معدودة لاتتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥) .

كل هذه قيود على سلطان الإرادة استحدثتها التقنين الجديد - وقد سبقه القضاء المصري إلى بعض منها - فخفض بهذا التجديد من النزعة الفردية التي كانت تميز التقنينات اللاتينية ، والتي كان من شأنها أن تطلق مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد قد يتعارض مع العدالة والمصلحة . ولم يجاوز التقنين الجديد حدود الاعتدال في تقييد هذا المبدأ ، إذ هو فيما قيده به قد جرى النزعة

الحديثة النمشية ، لاقى التقنيات الجرمانية وحلما بل وفي التقنيات اللاتينية الحديثة ذاتها ، فسار بذلك تطوراً عموداً سجله العصر الحاضر لهذه التقنيات (١).

ب - النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام :

سنرى عند الكلام في نظرية الالتزام أن هناك مذهبين يختلفان في النظرة إلى الالتزام . فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهري فيه هو ما يقوم من رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذه هي نظرية القانون الروماني ، وعنها أخذت القوانين اللاتينية . أما المذهب المادي فينظر إلى محل الالتزام باعتبار أنه هو العنصر الأساسي فيه ، وينزل عنصر الرابطة الشخصية إلى المكان الثاني ، فيصبح الالتزام في نظر هذا المذهب عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية . وهذه هي النظرية الجرمانية ، قال بها جيرك ومن نحاهوه من قهواء الألمان متأثرين في ذلك بالتقاليد الجرمانية القديمة ، ونبذوا تقاليد القانون الروماني .

والمذهب المادي يفسر تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يبقى الالتزام رغم تغير أطرافه . فلو أن الالتزام ، في عنصره الجوهري ، رابطة شخصية ، لزال بزوال هذه الرابطة ، ولما أمكن أن يتغير الدائن في حوالة الحق ، والمدين في حوالة الدين ، دون أن يتغير الالتزام ذاته . ويفسر المذهب كذلك تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن . والالتزامات التي تنشأ دون دائن تقع كثيراً في الحياة العملية ، فمن ذلك التزام الواعد بمجازة ، والتزام المتعهد لمصلحة شخص غير معين أو شخص غير موجود في الاشتراط لمصلحة الغير ، والتزام من يوقع السند لحامله . فلو أن الالتزام ليس في جوهره إلا رابطة شخصية بين

(١) حل أن التقنين الجديد ، من جهة أخرى ، قد بسط في سلطات الإرادة عندما استرهما في بنى القروض نتج أثراً آخر غير الأثر القسود أصلاً ، بيد أن أجل أثرهما الأصل . ترى ذلك في انتفاش القيد وق تحويلة . فقد نصت للادة ١٤٣ على أنه « إذا كان القيد في حق منه بإطلاق أو قابلاً للإبطال ، فهنا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن القيد ما كان ليتم بنبر الشق الذي وقع بإطلاق أو قابلاً للإبطال فيبطل القيد كله » . ونصت للادة ١٤٤ على أنه « إذا كان القيد بإطلاق أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن القيد يكون صحيحاً باعتباره القيد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعدين كانت تتصرف لئلا يلزم هذا العقد » .

فإن ومدين ، لما صح أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدين معا وقت نشوء الالتزام ، حتى تقوم الرابطة بينهما .

وقد كانت التقنيات اللاتينية ، بالرغم من اعتناقها للمذهب الشخصي في الالتزام ، تفسح مجالاً لبعض تطبيقات المذهب المادى ، فتعترف بحالة الحق دون حوالة الدين ، وبالسند لحامله ، وتطور فيها الاشتراط لمصلحة الغير حتى أصبح من المستطاع الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص مستقبل . ولما احتك المذهب المادى بالمذهب الشخصي سارت التقنيات اللاتينية في تطورها ، فاعترف بعضها بحالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، ونص بعضها على جواز الوعد بمجازة لشخص غير معين .

وقد وقف التقنين الجديد هنا أيضاً موقف الاعتدال فلم يفرق في الأخذ بالمذهب المادى ، ولكتمن جهة أخرى سجل مأمّ فلامن تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية .

فهو أولاً استبقى التطبيقات القديمة للمذهب المادى ، فاعترف بحالة الحق (أنظر المواد ٣٠٣ - ٣١٤) ، وأقر ماوصل إليه الفقه والقضاء منذ عهد طويل من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبل أو لمصلحة أو جهة لم يمينا وقت العقد متى كان تمييزهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره (أنظر المادة ١٥٦) .

وهو ثانياً سجل ما تطورت إليه التقنيات اللاتينية في ناحية المذهب المادى إلى أقصى مدى وصل إليه هذا التطور حتى لا يكون متخلفاً عن عصره . فنظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (أنظر المواد ٣١٥ - ٣٢٢) ، ونص صراحة على أن من وجه الجمهور وعدا بمجازة يعطيهما عن عمل معين الزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها (أنظر المادة ١٦٢) .

وهو بعد هذا وذاك لم يهجر المذهب الشخصي للالتزام ، ولم يخرج على تقاليده خروجاً لا يبرره المصلحة العملية . فلا يزال الالتزام رابطة ما بين شخصين ، ولا يزال الالتزام الإرادى يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدين ، وعن طريق هذه الإرادة تشرب العوامل النفسية والخلقية . فيجب أن تكون الإرادة حرة مختارة ، لا إكراه يعيها ولا استغلال . ويجب أن تكون على مدى ،

لا غلط يشوبها ولا تدليس . وجعل التقنين الجديد لعقود الإذعان أحكاماً خاصة ، وأفسح جانباَ للظروف الطارئة غير المتوقعة ، مما سبق بيته . أما الالتزام غير الإرادى فلا يزال هو أيضاً رابطة ما بين شخصين إلى حد أن اللاتن يعرض عن ضرر أدبى لا ينتقل حقه إلى ورثته إلا إذا كان هذا التعويض قد تحدد بمقتضى اتفاق بينه وبين المسئول أو كان قد طالب به أمام القضاء (أنظر المادة ٢٢٢) . وفي هذا اعتراف صريح بالعامل الشخصي في الالتزامات غير العقدية .

ج — نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة :

سنرى في هذا أيضاً ، عند الكلام في نظرية العقد ، أن هناك مذهبين يختلفان في النظرة إلى الإرادة . فذهب الإرادة الباطنة — وهو المذهب اللاتيني — يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . ومذهب الإرادة الظاهرة — وهو المذهب الجرمانى — يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعى للإرادة والقانون إنما يعينه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادى الذى يقف عنده المتعاملون ويطمثون إليه في تعاملهم .

ولم تسلم التقنيات اللاتينية من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنيات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة . ويعنينا في هذا الصدد أن نبين أن التقنين الجديد بقى في حظيرة التقنيات اللاتينية . فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل . وهو في هذا قد تأثر بالزعة الجرمانية الموضوعية تأثر التقنيات اللاتينية ذاتها بهذه الزعة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

أخذ التقنين الجديد بالإرادة الظاهرة ، ابتغاء استقرار التعامل ، في تكوين العقد وفى تفسيره .

فى تكوين العقد سار إلى حد أن أقام العقد في بعض الحالات على الإرادة الظاهرة . فهو ينص في المادة ٩١ على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب قبله ثم عدل ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول ،

يرتبط بالمقد ، لا على أساس إرادته الحقيقية التي عدل عنها ، بل على أساس إرادته الظاهرة وهي وحدها التي اقترنت بها الإيجاب . كذلك تنص المادة ٩٧ من القانون الجديد على أنه وإذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو قد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه . ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة في النفس ، وهي الإرادة التي تموت بموت صاحبها وتزول بفقد أهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقد أهليته . ويقرر التقنين الجديد أن غلط أحد المتعاقدين لا يكون سبباً في إبطال المقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط ذاته أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتيقنه (م ١٢٠) . ويرتب على ذلك أنه إذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول ، ولم يقع فيه المتعاقد الآخر ، ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتيقنه ، فإن المقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه . ويقرر التقنين الجديد أيضاً أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦) . ويقرر في صدد الإكراه ما قرره في صدد التدليس ، فينص على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه . فإذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع التدليس أو الإكراه . وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم ذلك ، فإن المقد يكون صحيحاً . لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه . ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر (١) .

(١) وقل مثل ذلك في السبب غير المبرع إذا لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن يستطيع أن يعلم به . - هنا ويمكن الوصول إلى النتيجة ذاتها من طريق الاعتماد بالإرادة الحقيقية ، فيقال =

وفى تفسير العقد يمكن القول إن التقنين الجديد قد أخذ من طريق غير مباشر بالإرادة الظاهرة فى العقود التى تكون عبارتها واضحة . فقد نص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » . صحيح أن عبارة العقد الواضحة تؤخذ على أنها تعبير أمين عن الإرادة الحقيقية ، وفى التزام هذه العبارة للتعرف على إرادة المتعاقدين التزم للإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة ملموسة ، هي أننا إنما نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة ، ولا يجوز لنا أن ننحرف عن هذه للتعرف على تلك . فنحن فى الواقع من الأمر نأخذ بالإرادة الظاهرة ، وإن كنا نفعل ذلك تحت ستار أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية ذاتها .

وبين مما قدمناه أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الظاهرة فى بعض الفروض ، سواء كان ذلك فى تكوين العقد أو فى أثناء تفسيره . فساغ له من وجه أن ينص فى المادة ٨٩ على أن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » ، فجعل التعبير هو طريق التعرف على الإرادتين وما يقوم بينهما من تطابق . ولكن لا يجوز السير فى هذا الطريق إلى مدى أبعد مما تحتمله النصوص . فليس صحيحاً أن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة . وإذا كان قد أخذ بها فى بعض الفروض ، فقد صدر فى ذلك عن اعتبار مشروع هو تحقيق استقرار التعامل . وهو إذا جعل التعبير طريق التعرف على الإرادة فإنما أراد عن طريق هذه العلاقة المادية التعرف على الإرادة الحقيقية بالقدر الذى يمكن التعرف عليها ، ولم يرد الأخذ بالإرادة الظاهرة التى تقف عند ظاهر التعبير . وإلا فبالواضح أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الباطنة ، أى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، كقاعدة عامة ، وفى مواطن شتى ، سواء كان ذلك عند تكوين العقد أو عند تفسيره .

فى تكوين العقد ، لم يعتد بالإرادة إلا فى معدنها الحقيقى ، حرة مختارة غير مضطلة ولا واهمة ، فحصنها من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، بل إنه

== بين العقد فى الحالات التقدمة فى الغلط والتدليس والإكراه يجوز إبطاله لصالح الإرادة ، ولكن يرجع لصالح الآخر — وهو لا ذنب له — على المتعاقدين الأول بالصوى ، وخير توى هو بقاء العقد صحيحاً .

تعيها في مظان ما قد تخضع له من ضغط كما فعل في عقود الإذعان . ثم سار في استصفاء الإرادة الحقيقية واستكناه ماتتجه إليمن غايات مسترة إلى مدى أبعد ، إذ اعتد بالالإرادة وحدها بل أيضاً بالباحث الذي كان دافعاً لها . وهذه هي نظرية السبب أخذ التقنين الجديد بها كاملة ، وفي الأخذ بهذه النظرية انحياز واضح للإرادة الباطنة .

وفي تفسير العقد ، أخذ التقنين الجديد أيضاً بالإرادة الباطنة ، إذا كانت عبارات العقد غير واضحة . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ على أنه وإذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما يفني أن يتوافر من أمانتوقفة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات . فالأصل إذن في تفسير العقد هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أي تلمس الإرادة الحقيقية . وإذا كان التقنين الجديد يضع معايير موضوعية للبحث عن هذه الإرادة الحقيقية كطبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات ، فإن هذه المعايير ليست إلا طرقاً للفاذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على نحو منسبط يمكن الاطمئنان إليه .

والذي يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل في الإرادة هي الإرادة الباطنة . ولكن هذه الإرادة في بعض الأحوال ، تبعاً لقتضيات الاستقرار في التعامل ، تتجسم في المظهر الذي اتخذ لتفسير عنها ، فتصبح هي الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التي يولدها هذا المظهر في نفوس المتعاملين . (١) وإذا كان التقنين الجديد قد سار في طريق

(١) هنا وقد أشرنا فيما تقدم إلى أن الدكتور أحمد زكي الشنقي في للذكرة التي تقدم بها إلى سيد المحامون المظنون بجلسة بلرس في سنة ١٩٤٩ (ص ٣٧ — ص ٤٠) يرى أن التقنين للعدى الجديد قد أخذ بنظرية الثقة (Vertrauenslehre) التي أخذ بها التقنين الألماني والسويسري . وهذه النظرية وسط بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فهي تأخذ بالإرادة التي استطاع من وجه إليه التعبير أن يصرفها من خذل هذا التعبير مستنبطاً جميع اللابسات الموضوعية التي يجب عفا أن تمحل في اعتباره . فالإرادة التي يتد بها ، طبقاً لهذه النظرية ، هي الإرادة الباطنة التي يمكن التعرف عليها من خلال هذه الشوايط الموضوعية (volonté réelle).

ولا خلاف في أن التقنين الجديد قد أخذ كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة . ولكنه يعرف عليها من طريق الإرادة الظاهرة . فالإرادة الظاهرة وسيلة لا غاية .

الإرادة الظاهرة إلى مدى أبعد مما فعل التقنين الفرنسي ، فإن له في ذلك أسوة بالتقنينات اللاتينية الحديثة التي عطلت هي أيضاً خطوات واسعة في هذا الطريق . ومهما يكن من أمر اقتراب التقنين الجديد من الإرادة الظاهرة ، فهو على كل حال لم يبلغ في ذلك مبلغ التقنين الألماني والتقنينات الجرمانية الأخرى ، ولا يزال في هذا الصدد باقياً في حظيرة التقنينات اللاتينية المتطورة .

و — التصرف المسبب والتصرف المجرد :

سنرى عند الكلام في نظرية السبب أن هذه النظرية هي المحك الذي تتميز به التقنينات ذات الصبغة الذاتية عن التقنينات ذات الصبغة الموضوعية . فالتقنينات الأولى تأخذ بنظرية نفسية للسبب ، وتضع له مجالاً واسعاً ، ولا تفر التصرف المجرد عن سببه إلا في حدود ضيقة . أما التقنينات الأخرى فتأخذ بنظرية موضوعية للسبب ، ولا تضع له إلا مكاناً محدوداً ، وتتوسع في إقرار التصرف المجرد ، وترده إلى قاعدة عامة .

وسنرى أن القانون الفرنسي قد خطا في نظرية السبب خطوات واسعة ، واستبدل القضاء الفرنسي بالنظرية التقليدية الضيقة ، وهي نظرية موضوعية ، نظرية حديثة جعلت السبب هو الباعث الذي دفع إلى التعاقد ، فحوته إلى فكرة نفسية مخصصة . واشترط في كل تصرف أن يكون مقروناً بسببه ، فلا يكون التصرف مجرداً (abstrait) إلا في حالات استثنائية يقتضيها استقرار التعامل ، وينص عليها القانون بملأها .

وعلى النقيض من ذلك كان موقف التقنينات الجرمانية . فمنعها أن السبب فكرة موضوعية بمحة . وقد احتفظت هذه التقنينات في نظرتها هذه بصيغتها الموضوعية السالمة . ومن ثم أقرت التصرف المجرد في حالات كثيرة . فجعلت عقود انتقال الملك عقوداً مجردة تنقل الملك بصرف النظر عن صحة العقود التي أنشأت الالتزام بنقل الملكية . وجعلت كثيراً من العقود التي تنشأ الالتزام عقوداً مجردة تصح ولو لم يكن لها سبب أو كان سببها غير مشروع ، وذلك كحوالة الحق وحوالة الدين وللتنازل عن الحق الشخصي والإنابة في الوفاء .

بل سارت في هذا الطريق إلى مدى أبعد ، فرسخت خطأً رئيسية لتصريف
المجرد ، وردته إلى قاعدة عامة ، ونصت على أنه يجوز بوجه عام تجريد الالتزام
من سببه ، فيتخذ صورة العهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de
reconnaissance abstraite de dette)
فللأى المذهبين انتمى التقنين الجديد ؟ هنا نراه انحيازاً تاماً إلى
مذهب التقنينات اللاتينية . فأخذ بنظرية السبب كما يأخذ بها القضاء الفرنسي :
نظرية نفسية واسعة تنفذ منها العوامل الذاتية والأدبية إلى مدى بعيد ، وتتغلغل
في الصميم من العلاقات القانونية . وبالرغم من أن التقنين الجديد أخذ في
بعض الحالات بمعايير موضوعية ، إلا أنه وقف في نظرية السبب عند المعيار
الذاتي ، ولم يترشح في ذلك عن تقاليد التقنينات اللاتينية . فالتقنين المصري
الجديد سيجي (causaliste) كالتقنين المصري القديم ، وكالتقنين الفرنسي ، وهو
يصارح في هذا إلى حد بعيد مع التقنينات الجرمانية . وهو كالتقنين الفرنسي
يستوجب أن يكون كل الزام مقروناً بسببه ، ويشترط أن يكون السبب
مشروعاً وإلا بطل العقد ، ولا يقر الالتزام المجرد إلا في حدود ضيقة ، فلا يضع
له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية ، بل لا يعترف به إلا في حالات
معية يقتضيها الاستقرار في التعامل ، ويفرد لهذه الحالات نصراً خاصاً .
ومن ثم نرى أن التقنين الجديد في هذا الصدد يتي كعادته في حظيرة
التقنينات اللاتينية . بل إنه هنا التزم هذه الحظيرة في أضيق حدودها ، ولم
يتأثر كثيراً ولا قليلاً بالتقنينات الجرمانية .

٢ - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة

طابع التقنين الجديد هو الاحتدال . رأيناه معتدلاً فيما قلنا . يتوسط في
الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، يأخذ به بعد أن يحيطه بقيود كثيرة . ويتوسط
بين المذهب الشخصي والمذهب المادى للالتزام ، فيستقي المذهب الشخصي بعد
أن يأخذ بما في المذهب المادى من نتائج عملية نافعة . ويتوسط بين الإرادة
الباطنة والإرادة الظاهرة ، فيصدر عن الإرادة الباطنة ، ولكنه يأخذ بالإرادة
الظاهرة حيث يقتضي ذلك استقرار التعامل . ثم هو يأخذ بنظرية السبب

كاملة ، ولا يقر التصرف المبرد إلا في حدود محتلة مقبولة .
فالتقنين الجديد يعد بحق من القوانين المتخيرة (*delectique*) ، وإن بقي بوجه
عام في حظيرة التقنيات اللاتينية كما قلنا .
وهو ، فيما نحن فيه هنا ، يقف أيضاً موقف المتخير المعتدل ، فيتخذ سبيله
قواماً بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة .

١ - التقنين المبرر بين الاستقرار والتطور :

يهدف التقنين الجديد إلى أن يكون قانوناً حياً عملياً . والقانون الحي العمل
يفني أن يحمل في طياته عوامل التطور حتى يبقى حياً ، وعوامل الاستقرار حتى
يكون عملياً .

عوامل التطور في التقنين المبرر : أمم هذه العوامل هي هذه المعايير
المرنة التي جعلها التقنين الجديد في مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية
الواسعة التي أعطاهم للقاضي .

١ - المعايير المرنة : ورث التقنين الجديد عن التقنين القديم بعض القواعد
الجامدة التي لم يكن هناك بد من الاحتفاظ بها . مثل ذلك النبن في بيع عقار
لشخص لا يتوافر فيه الأهلية وقد قدر بما يزيد على خمس قيمة العقار (م ٤٢٥) ،
والقوائد القانونية والافتاقية وقدر لها سعر معلوم لا يتجاوز (م ٢٢٦ - ٢٢٧) ،
والقاعدة التي تقضي بأنه إذا عدل من دفع الربون قنده وإذا عدل من قبضه
رد ضحفه (م ١٠٣ قرة ٢) وقد نقلها التقنين الجديد عن القضاء والعرف ،
والقاعدة التي استحدثها من جواز قبض عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين
غير يزيد على الخمس (م ٨٤٥) . هذه القواعد الجامدة التي تضع لمسألة حلا واحداً
ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات ، والتي تقف في بعض المسائل
عند رقم معلوم لا تخمد عنه ، قد نكون في حاجة إليها في قليل من الحالات
لاستقرار التعامل وثباته على وتيرة واحدة . ولكن لا يجوز الاستكثار من مثل
هذه القواعد الجامدة فلها تقف عقبة في طريق التطور . وغير منها معايير مرنّة
يضعها المشرع هادياً للقاضي ، يسترشد بها هذا فيما يرضى له من الأحكام ،

ولا يتقيد فيها بكل واحد لا ينحرف عنه ، بل تتغير الحلول وتتفاوت بتغير الظروف وتفاوت الملائمات (١) .

وهذا مثل لميار مرن أستبدله التخصن الجديد بقاعدة جامدة كانت موجودة في التخصن القديم . فقد كانت المواد ٢٩١ - ٢٩٢ / ٣٦٤ - ٣٦٦ من التخصن القديم تنص على جواز فسخ البيع إذا وقع على أشياء يمت جملتها واحدة ثم ظهر أنها أقل من القدر المتفق عليه أو أكثر . ثم نصت المادتان ٢٩٢ / ٣٦٧ من هذا التخصن على أنه لا يجوز للمشتري فسخ البيع في هذه الأحوال ، إلا إذا كان الغلط زائلاً على نصف عشر الفمن المعين . فتبدل التخصن الجديد هذه القاعدة الجامدة التي تقف عند نسبة معينة من الثمن ، واستبدل بها معياراً مرناً ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث إنه لو كان يعلمه لما أتم العقد . وكذلك يكون الحكم فيها لو وجد المبيع زائلاً على المقدار المتفق عليه (م ٤٣٣ فقرة ٢) . وظاهر أن المعيار الجديد يفضل القاعدة القديمة ، إذ به يتمكن القاضي من الملائمة ما بين ظروف كل قضية والحل القانوني الذي يناسبها ، فقد يكون النقص أو الزيادة في المبيع أكثر من نصف العشر ويرفض القاضي أن يحكم بفسخ العقد ، وقد يكون أقل ويجب القاضي المشتري إلى طلب الفسخ ، وذلك كله تبعاً للملائمات والظروف في كل قضية بذاتها .

وقد أكثر التخصن الجديد من هذه المعايير المرنّة إذ هي من أهم عوامل التطور . ونذكر هنا بعضاً منها .

فن ذلك معيار الغلط الجوهرى ، وقد عرفته المادة ١٢١ بأنه الغلط الذى يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . وظاهر أن هناك فرقاً كبيراً بين هذا المعيار المرن وبين القاعدة القديمة

(١) أنظر في هذا المعنى : « القيود الضمنية الواردة على حرية السل - المعيار والقاعدة » ، رسالة بالفرنسية للؤلف ليون سنة ١٩٢٥ . هنا ولا يجوز الاعتراض على فكرة المعيار المرن بالحجة من تحكم القاضي ، وبأن هذا التحكم يمتنع إذا عيّد القاضي بمساعدة ثابّة . ذلك أن القاضي لا يلبث لزواء القاعدة الجامدة التي أصبحت لا تلائم الظروف أن يخرج عليها ، فينتقل إلى مجال يكون فيه أكثر تحكماً مما لو كان أملاًه معيار تسمى مرن مفروض عليه أن يتردد به .

التي كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً في مادة الشيء . ومن ذلك أيضاً معيار التدليس الجسيم ، وقد قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ومثل معيار التدليس الجسيم معيار الرهبة القائمة على أساس ، إذ تقضي المادة ١٢٧ بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بمنها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً عديداً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وفي الاستغلال اتخذ التفتين الجديد معيار التأثير الدافع إلى التعاقد ، فلا يتحقق الاستغلال إلا إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طبعاً يئناً أو هوياً جامعاً (م ١٢٩ فقرة أولى) . وكذلك في السبب اتخذ التفتين الجديد معيار الباحث الدافع إلى التعاقد وإن كان لم يصرح به في النص . وفي جواز الرجوع في الهبة اتخذ معيار العذر المقبول ، فأجاز الواهب أن يطلب من القضاء الرجوع له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ فقرة ٢) .

كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها ، وبخاصة إذا لوحظ أن جميع المعايير التي ذكرناها هي معايير ذاتية يراعى في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته ، وقد صرحت بهذا المعنى الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ في صدد الإكراه ، فقضت بأنه « يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه » . وسرى أن هناك معايير أخرى موضوعية في التفتين الجديد تجمع بين مرونة المعيار وثبات القاعدة .

٢ - سلطة القاضي التقديرية : وعامل آخر في التفتين الجديد يضح أمامه

الجمال للمرونة والتطور ، هو هذه السلطة التقديرية الواسعة التي جعلها القاضي . رأيناها في تطبيق هذه المعايير المرنة التي تقدم ذكرها ، وزاها الآن فيما فوض فيه القاضي من تطبيق أحكام القانون وفقاً للمناسبات ، وما أعطي في ذلك من سلطة

تقديرية ، فصل به في بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن ينفقا عليه ، بل وإلى تعديل ما تم عليه الاتفاق فيما بينهما . وإذا كان التقنين الجديد لم يبلغ في ذلك مدى ما بلغ التقنين السويسري إذ جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود مقولة تمنع من التخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما يسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف . فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي تطور بها القانون تطوراً مستمراً ، ويواجه بها ما يتغير من ملبسات وأحوال . ونورد أمثلة لما اشتمل عليه التقنين الجديد من نصوص تجعل للقاضي هذه السلطة التقديرية ، وهي سلطة تمكنه في بعض الحالات من أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فيها عند الانقضاء .

فن النصوص التي تفصح للقاضي من سلطانه التقديرى ، هذه التي تجعل له حرية واسعة في تقدير التعويض المستحق للشخص المضرور ، وذلك في حالة الدفاع الشرعي ، فن جاوز في هذا الدفاع القدر الضروري أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة (م ١٦٦) ، وفي حالة الضرورة ، فن سبب ضرراً للغير ليغاضى ضرراً أكبر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً ، (م ١٦٨) ، وفي تحديد طريقة التعويض ، فيعين القاضي هذه الطريقة تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقتصراً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويقدر بالتقدير ، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م ١٧١) . ويقدر القاضي ، عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبعي (م ٢٠٠) . وللقاضي أن يعين الميعاد المناسب لحلول أجل الدين إذا كان الوفاء مشروطاً عند القدرة أو الميسرة (م ٢٧٢) . وله أن ينظر المدين إلى أجل مقبول أو آجال ينفذ فيها التزامه (م ٣٤٦ فقرة ٢) . وله أن يمنع توجيه المدين الحاسمة إذا كان الخصم متعصفاً في توجيهها (م ٤١٠ فقرة ٤) . وإذا التصق متقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (م ٩٣١) . ويجوز

لقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه منسباً للوفاء بالمصروفات الضرورية والثالثة، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية (م ٩٨٢) .
ومن النصوص ما يجيز للقاضي أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل في الشروط المتفق عليها . فإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها فإن المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥) . وإذا اتفق على أجر لوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ قرة ٢) . وقد رأينا أنه يجوز للقاضي في الاستقلال أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون (م ١٢٩) ، وأن ينقص من العقد إذا كان في شق منه باطلاً (م ١٤٣) ، وأن يحوله إلى عقد آخر توافرت أركانه إذا كان في الصورة التي هو عليها باطلاً وتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الآخر (م ١٤٤) ، وأن يرد الالتزام المرفق إلى الحد المقول في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ قرة ٢) ، وأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان (م ١٤٩) ، وأن يقضي بالتعويض التقديري إذا كان التعويض العيني مرهقاً (م ٢٠٣ قرة ٢) ، وأن يخفف التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ قرة ٢) .

عوامل الاستقرار في التقنين الجبرير : أهم هذه العوامل هي المعايير الموضوعية التي أكثر التفتين الجديد منها ، ثم الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في بعض الحالات .

١ - **المعايير الموضوعية :** رأينا فيما قدمناه كيف أن التفتين الجديد يكثر من اتخاذ المعايير المرنّة التي تعين على التطور ، وبقي الآن أن نرى كيف أن السكّرة الغالبة من هذه المعايير هي معايير موضوعية لمعايير ذاتية كالتي سبق أن ذكرناها . وقد أريد بذلك إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعي ، من حيث هو معيار عامل للتطور ، ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهي صنو للإرادة الظاهرة ، بل هي الأصل الذي نخفي إليه الإرادة ، من أكبر عوامل الاستقرار . وهي من مميزات التفتين الجديد . وقد أراد هذا التفتين أن يتخفف من حدة الميزة الغالبة التي تميز

التقنيات اللاتينية ، فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر مضبوط ، إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان في بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية لم يتخذها معايير ذاتية محضة بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفي عليها شيئاً من الثبات والاستقرار . ونأقياً بأمثلة من نصوص التقنين الجديد لمعايير موضوعية ، ثم لمعايير ذاتية لها ضوابط موضوعية .

فن المعايير الموضوعية معيار يكثر التقنين الجديد من ذكره ، وهو معيار «عناية الشخص المعتاد» . ويرجع هذا المعيار إلى عهد القانون الروماني ، فهو معروف فيه ، شائع في نواحيه المختلفة . ذكره التقنين الجديد كأصل من أصوله الالتزام بعمل ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٢١١ على أنه إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولولم يتحقق الغرض المقصود . ثم طبقه في نواح متفرقة ، في العقود وفي غيرها . فالشريك في عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان متدبياً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٥٢١ فقرة ٢) . والمتأجر في عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة ١) . والمستعير في عقد العارية عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة ١) . والعامل في عقد العمل يجب عليه أن يبذل في تأدية العمل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ٦٨٥ (١)) . والوكيل في عقد الوكالة يجب عليه ، إذا كانت الوكالة بغير أجر ، أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . فإن كانت بأجر وجب عليه أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . والمودع عنده في عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية في حفظ الشيء المودع ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت

الوديعة بأجر فيجب أن يئذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) .
والحارس في الحراسة الاتفاقية أو القضائية يلتزم بالمحافظة على الأموال المهدود
إليه حراستها وإدارة هذه الأموال ، ويجب أن يئذل في كل ذلك عناية الرجل
المعتاد (م ٧٣٤ قرة ١) . والقضوى يجب عليه أن يئذل في القيام بالعمل
عناية الشخص المعتاد (م ١٩٢) - ومن المعايير الموضوعية ، مانص عليه التقنين الجديد
في الاستغلال ، إذ لا يجوز الطعن في العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات
أحد المتعاقدين لا تتعاقل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب
العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر (م ١٢٩ قرة ١) . وما نص عليه في
انخلاف النخاص ، من أن الالتزامات والحقوق المتصلة بالشيء تنقل إليه في
الوقت الذى ينقل فيه الشيء إذا كانت من مستزماته (م ١٤٦) . وما نص
عليه في المسؤولية عن الغير ، من أن الشخص يكون مسئولاً عن كل من يجب
عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابته وكان في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته
العقلية أو الجنسية (م ١٧٣ قرة ١) . وما نص عليه في المسؤولية عن الأشياء ،
من أن الشخص يكون مسئولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية
خاصة (م ١٧٨) (١) . وما نص عليه في تحديد الضرر المباشر ووجوب التعويض
عنه ، من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب
بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ،
ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد
معقول (م ٢٢١) . وما نص عليه في تحديد العيب الخفى في الشيء المبيع ، من أنه
عيب ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو
مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الفرض الذى أعدله (م ٤٤٧ قرة ١) .
وما نص عليه في الإيجار ، من وجوب أن يكون استغلال المستأجر للأرض
الزراعية موافقاً لخصائص الاستغلال المألوف (م ٦١٣) . وما نص عليه في
التزام المرافق العامة ، من أن ملتزم هذه المرافق إذا أثبتوا القوة القاهرة جاز لهم

(١) أما ماورد في المادة ذاتها بشأن المسؤولية عن الآلات الميكانيكية فهو قاعدة لاسمبار .
وفي هذه المادة بين الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة والآلات الميكانيكية بينهن الفرق
وإنشأ بين الميار والقاعدة .

أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته (م ٦٧٣ قرة ٢) .

ومن المعايير الذاتية المحددة بضوابط موضوعية ، مانص عليه التقنين الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من وجوب البحث في تفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقلين - وهذا هو معيار ذاتي - مع الاستدعاء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات - وهذه هي ضوابط موضوعية . ومانص عليه في تحديد العنصر المقبول للرجوع في المبة - وهو معيار ذاتي كما قلنا ، بضوابط موضوعية ، ومنها أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جرحاً كبيراً من جانبه ، وأن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية (م ٥٠١) . ومانص عليه في مواضع كثيرة متفرقة في اشتراط العلم ، من أن الشخص يكون عالماً بالشيء - وهذا معيار ذاتي - أو أن يكون من المفروض حتماً أن يعلم بموهذا ضابط موضوعي (انظر المادتين ١٠٤ و ١٠٦ في النياية والمواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٨ في النلط والتدليس والإكراه) ، ومانص عليه في النلط في المادة ١٢٤ ، من أنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية - وهذا معيار ذاتي - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد - وهذا ضابط موضوعي .

٢ - الإرادة الظاهرة : وإلى جانب المعايير والضوابط الموضوعية ، أخذ التقنين الجديد في بعض الحالات بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة توجهاً لاستقرار التعامل . كما أخذ في حالات أخرى بالتصرف البهرد ، وهو ضرب من الإرادة الظاهرة ، للفرض ذاته . وقد تقدم بيان ذلك كله .

ب - التقنين الجديد بين الفرد والجماعة :

وقف التقنين الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً عادلاً . فلم يضح الفرد لمصلحة الجماعة ، ولم يسخر الجماعة لخدمة الفرد . ونبين هنا كيف هي الفرد . وكيف هي الجماعة .

مهمّة التقنين الجبرير للفرد : لم يقصر التقنين الجديد في حماية الفرد ، ولم يتهاون في أن يفسح للحرية الفردية مجالا مقبولا ، سواء كان ذلك في نطاق العقد أو في نطاق الملكية .

ففي نطاق العقد ، أقر مبدأ سلطان الإرادة بالرغم مما أورد عليه من قيود تقدم بينها . فلا يزال الفرد حراً في أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هي التي تنشئ العقد ، وهي التي ترتب آثاره ، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فإذا تم فهو شريعة المتعاقدين . ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات ، ولم ينزل عن مكانته . وإذا كانت مصادر أخرى كالعمل غير المشروع قد ارتفعت إلى منزلة العقد ، فإن ذلك لم ينقص من أهمية العقد ولا من خطه . وإذا كنا قد بعدنا ، بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، عن مذهب الفردية المتطرفة التي كانت سائدة في أوائل القرن التاسع عشر ، والتي تشجع بها التقنين المدني الفرنسي عند صدوره ، فإن التقنين الجديد لا يزال يحرم إرادة الفرد ، ويقر ماتجه إلى تحقيقه من آثار ، في حدود مقبولة مقبولة ، في عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو .

وفي نطاق الملكية ، استبقى التقنين الجديد الملكية الفردية ، وحماها من الاعتداء . فلذلك الشيء وحده حتى استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، بوله الحق في كل ثماره ومتجاته وملحقاته ، ولا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون ، وبالطريقة التي رسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف في ملكه ، إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته ولئن أوصى لهم . وخفف التقنين الجديد من بعض قيود كانت تنقل الملكية في التقنين القديم . من ذلك الحق في الشفعة . ضيق منه وأحاطه بقيود جديدة . ومن ذلك الحكم ، قصر مداه ، وقيد نطاقه ، فلا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، ولا يجوز ترتيب حكم على أرض غير موقوفة .

فالتقنين الجديد يحمي الفرد إذن في مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حرته في التعاقد وحرته في التملك .

محمية التقنين الجدير للجماعة : ولكن القانون الجديد يتشبه مع روح عصره ، ويسير التطورات الخطيرة التي اعتورت منهج القردية . وآية ذلك رآها أيضاً في نطاق المقد وفي نطاق الملكية .

ففي نطاق العقد ، قيد التقنين الجديد سلطان الإرادة إلى مدي بعيد ، فهو يحوط بكثير من القيود لمصلحة الجماعة سبق بيانها تفصيلاً فيما أسلفناه . ويتميز التقنين الجديد في هذا الصدد بأنه ألزم في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف . فحيث يختل التوازن بين طرفي العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر ، فإن الجماعة ينها أن تحمي الطرف الضعيف وهو يواجه الطرف القوي ، وأن تقبله من عثاره . رأينا التقنين الجديد يضل ذلك في عقود الإذعان ، وفي نظرية الاستغلال ، وفي نظرية الحوادث الطارئة ، وفي عقد العمل ، وفي عقد التأمين ، وفي أحكام أخرى كثيرة سبق ذكرها . ومن ثم نرى أن التقنين الجديد طابعه حماية المدين ، وهو في ذلك على التقين من التقنين القديم الذي كان يعم في حماية الدائن . ففي فوائد الدين لم يقتصر التقنين الجديد على تخفيض سعر الفوائد القانونية والاتفاقية ، بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في تقاضي الفوائد ذكرناها تفصيلاً فيما تقدم (أنظر المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣٢ و ٥٤٤) .

ثم إنه قيد إلى مدي بعيد من حق الدائن في الاختصاص بمقار المدين . فجعل هذا الحق ، كما رأينا ، لا يجوز الحصول عليه إلا إذا كان بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ قرة ١) . ولم يجر بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥ قرة ٢) . ولم يجر الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوي الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل (م ٢٥٦ قرة ٢) . وأجاز ، كما قلنا ، لكل ذي مصلحة أن يطلب إتقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكتفي لضمان الدين (م ١٠٩٤ قرة ١) .

وفي نطاق الملكية ، قرر التقنين الجديد قفزة واسعة في جعل الملكية وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً . بل إن المشروع التمهيدى صرح بذلك في أحد

فصوصه ، فذكر في المادة ١١٦٢ منه أن المالك الشيء مادام ملتزماً بحدود القانون أن يستعمله وأن يضع به وأن يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . ولم تحذف هذه العبارة الأخيرة في المشروع النهائي قصداً إلى حذف حكمها . بل لأنها ، كما جاء في الأعمال التحضيرية (١) ، « أشكل بالإيضاحات الفقهية . وأن في التطبيقات التي أوردتها المشروع في النصوص التالية ما يفتى عنها » . وقد تضمنت النصوص التالية فعلاً من القيود على حق الملكية ما يجعل هذا الحق وظيفة اجتماعية روحاً ومعنى . فأوجبته المادة ٨٠٧ على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وتكفلت المواد ٨٠٨ — ٨٢٤ بإيراد سلسلة من القيود على حق الملكية ، في الشرب والمجرى والمسيل وحق المرور والحائط المشترك والمطالات وشرط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والافتاقية . بما يقل يد المالك في استعمال ملكه لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً لمصلحة الجيران ، وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعي متغلغلة في الصميم من نظام الملكية . ترى ذلك أيضاً فيما قدمناه في نظام الشيوخ وكيف جعل التقنين الجديد الكلمة العليا لأغلبية الملاك حتى يخضع الأقلية لحكم التضامن (م ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وترى ذلك في ملكية الأسرة (م ٨٥١ — ٨٥٥) ، وفي ملكية الطبقات (م ٨٥٦ — ٨٦١) . وفي اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ — ٨٦٩) . وقد أسلفنا الإشارة إلى كل ذلك . وبعد ، فهذا طرف من القيود التي يضمها التقنين الجديد على حرية التعاقد وعلى حق الملكية . وتبين من ذلك أن هذا التقنين قد خطا خطوات واسعة في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية . وما هو في هذا إلا مرآة لعصره ، تنعكس عليه صور التطورات العميقة التي مر بها القانون في خلال قرن ونصف قرن ، منذ صدور التقنين المدني الفرنسي ذي النزعة الفردية .



وبأي التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره . وما هو إلا صورة صادقة للمدنية الجليل التي ظهر فيه .

الكتاب الأول

من القانون المدني الجديد



الالتزامات بوجه عام

كلمة تمهيدية في التعريف بالالتزام

١٥ - تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدني

١ - أقسام القانونه المرنى : ينقسم القانون المرنى - وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض - إلى قسمين رئيسيين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات .
قواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته . وقواعد المعاملات هي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال .
والمال في نظر القانون يتكون من حقوق .
والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد . وهو إما حق عيني أو حق شخصي .
والحق الشخصي هو الالتزام : ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن ، وديناً إذا نظر إليه من جهة المدين .

٢ - الحق العيني والحق الشخصي : الحق العيني (droit réel) هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي (droit personnel) فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين يفرض الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .
ولا زال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء في حصر هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء فريقان : فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وفريق آخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني .

٣- تعريف الحق العيني من الحق الشخصي : أما الفريق الأول ،

وعلى رأسهم الأستاذ بلايول ، فيرى أن الحق العيني هو كالحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص .. ولا يمكن أن يقال في الحق العيني إنه رابطة ما بين الشخص والشئ ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . ففي هذا إذن يتفق الحق العيني مع الحق الشخصي . ويتفق معه أيضاً في أنه يشمل مثله على عناصر ثلاثة : موضوع الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلاً موضوعه الشئ المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتماثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان في شئ غير جوهري هو جانب المدين . ففي الحق العيني يكون المدين دائماً هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (paariment universel) . أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

هذا ما يقوله الفريق الأول . وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من وراء جعل الحق العيني هو الذي يماثل الحق الشخصي . ولا جدال في أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشئ . فالرابطة لا توجد إلا بين الشخص والشخص كما يقول بلايول . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه « سلطة لشخص على شئ » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص وشئ » . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين فيه مغالطة لا تحق عند التعمق في النظر . إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلتزم الناس كافة باحترامه . فإذا أخل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرض المدين مثلاً على أن يمتنع عن القيام بما تمهد به ، كان مسئولاً ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين ، أو مدينون معينون ، هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشئ موضوع الحق بوساطتهم ، ولا وجود لهؤلاء في الحق العيني . وهذا فرق

جوهري ماين الحقن ترتب عليه هامة سيأتي ذكرها (١) .

٤ - تقريب الحق الشخصي مع الحق المعنى : وهناك الفريق الثاني وهو الذي يحاول عدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصي كالحق المعنى . وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالى (Saleilles) ولامبير (Lambert) . ويتلخص رأيهما في أن الحق الشخصي هو كالحق المعنى عنصر من عناصر الثمة المالية (patrimoine) يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه وبه ويرثه ويجرى فيه سائر التصرفات . وقد حان الوقت الذي ينظر فيه إلى الحق الشخصي لا باعتبار أنه رابطة ما بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالى ، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق المعنى . وهذا هو المذهب المادى في الالتزام ، وسنعود إليه فيما يلى .

وغن لانكر على المذهب المادى للالتزام انتشاره وسارته لتطور القانون الحديث . ولكننا مع ذلك لانراه يهدم التميز ما بين الحق المعنى والحق الشخصي . فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق المعنى . ولكن ذلك لا يبنى أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقين حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما . فالدائن في الحق المعنى يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بواسطة المدين .

(١) وينظر الدكتور أحمد حشمت أبوسيت بك في كتابه « نظرية الالتزام » عن مذكرات الدكتور عبد السلى خيال بك (نرة ٥) في هذا الصدد ما يأتى : « إن التكليف باحترام الحق المعنى وعدم الاعتداء عليه لا يمكن بالبداهة أن يكون من العناصر المكونة له ، لأنه لا يتصور أن يطلب إلى الكافة إلا احترام حق كامل قائم . فالتكليف يقرر لأن يحد وجود الحق المعنى ، بينما الالتزام الواقع على المدين في الحق الشخصي جزء منه لا يتصور وجود الحق من غيرهما » . (الدكتور وحشمت أبوسيت بك : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٢٥ ص ١٠٨ مطبوع في مصر) .

٥ — بقا التمييز ما بين الحقين قائماً: يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع ، أما في الحق الشخصي فتحديد المدين . ويزيد الحق الشخصي على الحق العيني عنصراً أساسياً هو وجود مدين معين يباشر بواسطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق .

٦ — نتائج هذا التمييز : وهذا التمييز ما بين الحقين لازال يميز اجوهرياً في كل القوانين التي اشتقت من القانون الروماني . وتقرّب عليه نتيجتان هامتان :
١ — لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق يتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أى شخص انتقلت إليه ملكيته .
٢ — وله أيضاً ، إذا كان الحق العيني حق ضمان كالرهن : أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضي حقه من الشيء (droit de préférence) ، فإن هؤلاء ليست لهم إلا سلطة مباشرة على هذا الشيء (١) .

٥ ٢ — المذهبان الشخصي والمادى في الالتزام

٧ — الرابطة القانونية ما بين المدين والمدين : تبين مما قلناه أن الحق الشخصي ، أى الالتزام ، يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين ، ويسمى الرومان : *juris vinculum* .

(١) ويلاحظ في هذا المبدأ أن التنازل عن الحق العيني يتم بإرادة منفردة من إرادة صاحب الحق . أما التنازل عن الحق الشخصي فكان في القانون الدني القديم لا يتم إلا باقتراح المدين وتقلياً لناعية ما يطوى عليه الحق من رابطة شخصية ، ويتم الآن في القانون الدني الجديد بإرادة صاحب الحق وحدها تقلياً لناعية ما يطوى عليه الحق من قيمة مالية .
ويلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الجبازة ، وهي التي يستند إليها التقادم للكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالجبازة ترد على كل من الحقين (لأن نظرية القيد للوثائق من ٧ وحاشي رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب في منع من كسب الحق الشخصي بالتقادم . ولكن لا كان ذلك لا يتحقق قائمته السلبية إلا نادراً ، فقد أغفلته الصياغة القانونية ، وهي لم تنفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفي الوفاء بحسن نية بعض كائن الذين في حياته (م ٣٢٢ من القانون الدني الجديد) .

ولم تثبت هذه الرابطة على حال واحدة ، بل إنها تطورت . فكانت في أول أمرها سلطة تعطي للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو الذي يميز بين الحق البيني والحق الشخصي ، فالأول سلطة تعطي للشخص على شيء ، والثاني سلطة تعطي للشخص على شخص آخر . وكانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة ، يدخل فيها حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف . ثم تطلقت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البيني بحسب المدين مثلاً . ولم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل . فأصبح للالتزام ، منذ عهد الرومان ، مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصرًا مالياً يقوم حقاً للذة الدائن ، ويترتب ديناً في ذمة المدين .

ولا يزال الالتزام محضاً بهذين المظهرين إلى الوقت الحاضر وإن انحطفت الملامح فيه . فملعب ينطب الناحية الشخصية ، وهو الملعب القرنسي التقليدي للوروث من القاتون الروماني ، وملعب ينطب الناحية المالية وهو الملعب الألماني الحديث .

٨ — المذهب الشخصي في الالتزام : أما الملعب الشخصي (subjective) فيري الأمر الجوهرى في الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ماحل الأستاذ بلايول على أن يزيد في تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية . فهو يعرف الالتزام بأنه علاقتان متبادلتان ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين . وأشهر من قال بالملعب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني (Savigny) . فقد كان يري الالتزام رابطة شخصية تخضع للمدين الدائن ، وهي صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft) التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة ، وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة . وقد لا تتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين ، فيترتب من ذلك حق الدائن قريب من حق الملكية ولكنه ليس إياها ، فهو حق خاص يصل معين من أعمال المدين ، وهذا ما نسميه بالالتزام . فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر . وتكون الملكية والالتزام في

نظر سافيني شيئين من طبيعة واحدة ، ولا يخلفان إلا في الدرجة ، ففي الملكية يكون الموضوع كلياً ، وهو جزئي في الالتزام ، ولكنه موجود في الحالين .

٩ - المذهب المادي في الالتزام : يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني وهي مطبوعة بطابع القانون الروماني ، تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة ، رابطة خضوع قريب من الرق ، وتفسجها على طراز من حق الملكية .

هذه النظرية قام في وجهها فقهاء الألمان ، وعلى رأسهم جيريك (Gierke) وأبوها أن تستقر في الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين جيريك أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني ، بل تنظر إلى عمل الالتزام وهو العنصر الأساسي ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، فينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية (١) . هذه هي النظرية المادية (théorie

(١) وساعد على ذبوع النظرية المادية في ألمانيا تحليل الحق الشخصي على اعتبار أنه حق على شيء (Jus ad rem) ، فاقرب بذلك من الحق الشيء هو حق في شيء (Jus in re) وقد أوصل الألمان في التحليل على هذا النحو ، حتى أصبح الحق الشخصي في النهاية خطوة نحو الحق الشيء ، إذ يقع حق الدائن شخصياً لدى يوم التنفيذ ، فإذا ما نفذ وتسلم الدائن الدين سارحه عنياً على ما تولىه .

وتتأيد مع النظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان ، هما أيضاً ألايتان : نظرية التمة المالية ونظرية للدونية والمسئولية .

هذه التمة المالية (patrimoine) ينظر إليها الألمان من الناحية للمادية ولا يربطونها بالشخص . فهي مجموع من المال يتكون من عناصر إيجابية (actif) ومن عناصر سلبية (passif) ، وخير لا يستأده إلى شخص معين ، بل ينقصه لفرض معين سواء استند إلى شخص أو لم يستند . ولا كان الالتزام من عناصر التمة المالية التي هي شيء مادي ، فإنه يكسب منها هذه الصفة .

وعبر الألمان بين الديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) . فالديونية واجب قانوني معين يقوم به شخص لآخر . فهي إذن رابطة شخصية ما بين المدين والدائن ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء . ولا تتضمن الديونية عامل الإجبار على الوفاء ، إنما الإجبار هو المتي الذي تتضمنه المسئولية . فالدين قد يكون مديناً ومستقلاً في وقت ما فيجمع ما بين الديونية والمسئولية ، وفي هذه الحالة يكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن إجبار على ذلك . =

(objective) للالتزام ، لم تقتصر على ألمانيا ، فقد نشرها في فرنسا نقلا عن المدرسة الألمانية سالي (Saleilles) ، وهو يعتبر زعيم هذا المذهب في فرنسا ولو أن المذهب لم يسد في الفقه الفرنسي .

١٠ — النتائج العملية للمذهب المادى : وليس المذهب المادى مجرد مذهب نظري ، بل هو خصب في نتائجه العملية . فإذن النظر إلى الالتزام باعتباره شيئا ماديا يكون من شأنه أن يزيد في سرعة التعامل ، وهذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية في العصر الحاضر من تبسيط في المعاملات وتيسر لها ، حتى يكسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم ، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة . فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصي الدائن والمدين . وينبغي على هذا نتائج عملية هامة نذكر منها الثنتين :

(أولاً) لما كانت العبرة في الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن تتصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به الثقتين الفرنسي ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصي ، بل أيضاً من مدين إلى آخر ، فيوجد إلى جانب حوالة الحق (cession de créance) حوالة الدين (cession de dette). وهذا ما اعترفت به الثقتين المشبعة بالمذهب المادى ، كالثقتين الألماني والثقتين السويسري ، وعلى أثرهما سار الثقتين المديني

== وإجباره على الوفاء إما أن يكون بالنسبة على شخصه أو بالنسبة على ماله من طريق شخصه . وقد تفصل المسؤولية عن المديونية ، فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء (وهذا يقرب من الالتزام الطبيعي في القوانين اللاتينية) ، ويكون هناك شخص آخر هو المشول في شخصه (ويقرب من التكفل بالنفس في الشريعة الإسلامية) أو في ماله عن طريق شخصه (ويقرب من التكفل الشخصي) ، وقد تنحصر المسؤولية في المال ، فيصبح المال دون الشخص في هذه الحالة هو المشول (ويقرب من التكفل البني أو المأثر للفظ المرحوم) . فالمسؤولية تكون إذن على نوعين : (١) مسؤولية شخصية تقع على شخص المشول أو على ماله عن طريق شخصه . (٢) ومسؤولية عينية تقع على المال وحده دون نظر للشخص . ومن ثم يبين أن المسؤولية العينية ، وهي أحد العناصر الجوهرية للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصنعة المادية (انظر إلى الإنجليزية (Rudolf Hübner : A History of German Private Law) ترجمه إلى الإنجليزية الأستاذ (Philbrick) لندن سنة ١٩١٨ م ٤٦٢ — ص ٤٨٩) .

الجديد ، وقد سار في ذلك الشريعة الإسلامية وهي تعترف بحالة الدين . أما
التفتين المدني القديم فكان على غرار القانون الفرنسي لا يعترف إلا
بنحوالة الحق .

(ثانياً) لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهري في الالتزام ،
فن الممكن أن تصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه . فيستند الالتزام
إلى المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هي العنصر الأول ، لما أمكن
تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين ، لأن الالتزام
هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين . فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه
الرابطة . أما إذا أخذنا بالمذهب المادى ، أمكن تصور التزام يقع عبثاً في مال
المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ،
ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، ففي هذا الوقت فقط تظهر الضرورة في
أن يتقدم دائن يستوفى المدين التزامه . ولا شك في أن تحليل الالتزام على هذا
الوجه يفسر كثيراً من المسائل القانونية التي لا يمكن تفسيرها إذا تقيدنا بالمذهب
الشخصي . ونذكر من هذه المسائل ما يأتي :

(١) التزام المدين بملكوته المنفردة لغير دائن معين : هناك حالات
عملية نرى فيها شخصاً يلتزم بمجرد إرادته لغير دائن معين . مثل ذلك شخص
يعد بجائزة من عمر على شيء ضائع . فالواعد هنا قد التزم بملكوته المنفردة ووجد
الالتزام دون دائن ، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام . فتل
هذا التحليل ، وهو التحليل العلمى الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادى
ويستضي على المذهب الشخصى الذى يأتى إلا أن يوجد الدائن وقت
نشوء الالتزام .

(٢) نظرية الاشتراط لمصلحة الغير : إذا طبقت هذه النظرية في حالة
عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد وقت نشوء الالتزام ،
كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ولم يكن له ولد وقت التأمين ،
فلان الالتزام في هذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن . ولا يمكن تفسير التزام
مثل هذا إذا تقيدنا بالمذهب الشخصى . فلا يستطاع إذن تفسيره إلا طبقاً
للمذهب المادى .

(٣) **السرد للاحضر** : من يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند . فها أيضاً نشأ الالتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا المذهب المادى .

١١ - **تضمير المزهين الشخصى والمادى** : لاشك فى أن النظرية المادية من شأنها أن تؤدى إلى نتائج عملية خطيرة الشأن رأينا جانباً منها ، وأدركنا كيف أنها تتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة فى الوقت الحاضر ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التى يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز فى الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصى . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا تزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير فى تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين - وهذا شيء نفسى - يؤثر تأثيراً كبيراً فى وجود الالتزام صحيحاً وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذى تنسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية فى الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادى ذاته . ووجود مدين معين فى الالتزام إنما هو هذا الذى يقوم عليه الفرق الجوهرى ما بين الحق الشخصى والحق العيى . قد سبق أن أشرنا إلى أن سلطة الدائن على الشيء فى الحق الشخصى سلطة غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين ، فهو لا ينفذ إلى محل الالتزام إلا عن طريق شخص المدين ، وهذا ما يجعل من غير المستطاع إغفال الرابطة الشخصية فى الالتزام .

والثقتين اللذين الجديد ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادى نتائج عملية هامة ، لم يهجر فى الوقت ذاته المذهب الشخصى ، بل استبقاه فى كثير من آثاره . وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

٣٥ - اختيار تعريف للالتزام

١٢ - تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي :

بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي . فقد كانت المادتان ١٤٤/٩٠ من القانون المدني القديم تنصان على أن «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه» . والقانون القديم كان يسمي الالتزام «تعهداً» . ولفظ «الالتزام» أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره المقعدون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام في القانون الفرنسي عرضاً في صدد تعريف العقد . فنصت المادة ١١٠١ من هذا القانون على أن «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل» . وتعريف القانون الفرنسي يقرب من تعريف القانون المدني القديم في أن كلاهما ينص على أن محل الالتزام هو عمل شيء معين أو الامتناع عن عمل شيء معين . ويزيد القانون الفرنسي أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شيء (donner) ، أى نقل ملكية أو حق عيني . والقانون المدني القديم يدخل الالتزام بإعطاء شيء في دائرة الالتزام بعمل .

١٣ - التعريف الذي ورد في المشروع التمهيدى للتقنين المدني :

المجريد : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ، في المادة ١٢١ ، يعرف الالتزام على الوجه الآتي : «الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل» .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتي (١) : «كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من

روابط القانون ، ولا سيما أن هذا هو التعريف التقليدي الذي ورد في التفتين المصري الحالي (م ٩٠/١٤٤) . بيد أنه ينشئ من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون في ذلك قطع برأي معين في مسألة حفظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل . والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي ، مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث . وقد أثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً لهذه النزعة الحديثة . وهي بعد نزعة الشريعة الغراء في تصورهما لفكرة الالتزام . ويراعى من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل في التعريف إغفالاً تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصور المادي للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر اللزمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين . وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فن الميسور عملاً تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافظ بالتطبيقات التي يمكن أن تساق في هذا الصدد . على أن الطابع الشخصي لم يهمل إهمالاً تاماً . فالالتزام ، كما هو مذکور في التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مدينناً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام .

وقد رؤى حذف هذا النص في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ، وتحرزاً من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيداً قد يجعله بطني على الطابع الشخصي . فالتعريف الذي ورد في المشروع التهيدي أبقى أن يكون مكانه الفقه لا التشريع (١) .

١٤ — التعريف الذى نقترحه : وفي رأينا أن خير تعريف للالتزام ، في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر ، هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولاً) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ في الحاشية .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .
وعندنا أن التعريف الذي يقى بهذا الفرض :
« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عينى أو
بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

٤ — أهمية نظرية الالتزام

وتأثيرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

١٥ — **الأهمية نظرية الالتزام** : بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام ،
يقى أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهى من القانون المدنى ، بل
ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . ويجعل لها تارد (Tarde)
فى علم القانون مكان نظرية القيمة فى علم الاقتصاد السياسى . ويجد علماء القانون
فيها مجالاً فسيحاً للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض
الفقهاء فيغل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ،
ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة
من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالى إلى حد أن وضع
لها أسساً رياضية يضمنى بها النظريات الهندسية .

١٦ — **تطور النظرية** : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هى أصلح
النظريات القانونية ميداناً للتفكير المنطقي ، وأفسحها مجالاً للتجريد والتعميم ،
وأخصبها ربة لإنبات المبادئ العامة ، وإذا صح أيضاً أنها أولى النظريات قابلية
للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة لوحدة أصلها التاريخي ولسيادة المنطق فيها ،
فليس بصحيح ما يزعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت
ثابتة على الزمن ، نلقينها عن الرومان كما هي دون تغيير يذكر . والصحيح أن
نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى اليوم . وقد تأثرت
فى تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

١٧ — **تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية** : فالنظريات الاشتراكية
وما فى منحها من النظريات الاجتماعية الأخرى أثرت فى نظرية الالتزام تأثيراً

واضحاً . وهذا عقد العمل ، وقد أخذ يزحم بالقواعد والأحكام التي تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل كحرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضراب . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام في العقد تنبئ فيها على التضامن الاجتماعي أكثر مما تقوم على لإرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان ، وقد أخذت الدولة تتدخل في تنظيمها حتى لا تترك جانب المستهلك دون حماية وهو الجانب الضعيف . وهذه نظرية الفبن ، وقد أخذت تتسع في القوانين الحديثة حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود على خلاف ما كانت تقضى به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً في تعاقد يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن في ذلك .

١٨ — تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية : كذلك كان للعوامل الاقتصادية تأثير كبير في نظرية الالتزام . فقد كان من شأن السرعة في تداول المال أن أخذ المنصب المادى للالتزام يبرز إلى جانب المنصب الشخصي كما قلنا . وجدت ظاهرة اقتصادية أخرى هي استغلال القوات الطبيعية استغلالاً اقتصادياً مما أدى إلى استعمال مختلف الآلات الميكانيكية . وكان لهذا أثره في نظرية الالتزام ، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سبباً في تأسيس المسؤولية على انحطاط المفروض ، بل وفي خلق نظرية تحمل التبعة . وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت في ثوب جديد . وظاهرة اقتصادية ثالثة كان لها أثرها في نظرية الالتزام هي تجمع رؤوس الأموال للإنتاج على أثر تقدم الصناعة ، وكان من وراء ذلك أن وجدت نظريات في تنظيم النشاط الاقتصادي ، وأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد دخلت نظريات قانونية جديدة . نرى هنا في نظرية الظروف الطارئة ، وفي نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها وما يتصل بذلك من « شرط الذهب » ، وفي التسعير الجبرى للسلع والأجر .

١٩ - تأثر النظرية بالعوامل المادية : أما تأثير العوامل الأدبية في نظرية الالتزام فهو قديم . فالنظرية التي تقضي بأن الفسخ يفسد العقود ، ونظرية التصف في استعمال الحق ، والمبدأ القاضي بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام ، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الأدبية ، وهي تقوم على عارية سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة . وهناك الالتزامات الطبيعية ، وهي التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق ، يعترف بها القانون ويضع لها نوعاً من الجزاء ، فتمتزج المثل الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً . هذا إلى أن المصادر غير التعاقدية للالتزام إنما تقوم على أساس متين من القواعد الأدبية . فالالتزام بالتعويض عن العمل الضار يستند إلى التزام بوجوب الامتناع عن الإضرار بالغير دون حق . كذلك مبدأ الإثراء بلا سبب يمنع الشخص من أن ينتفع على حساب غيره . والالتزامات التي ينشئها القانون ، كالتزامات الجوار والتزامات أفراد الأسرة بعضهم نحو بعض ، هي في الواقع أوامر ونواه أدبية تقضي بوجوب المعطف على الجار والكف عن إيذائه والبر بذي القربى والأرحام . فإذا قلنا إن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لا تكون مبالغين في هذا القول ، ونكون قد دللنا في الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيان متلازمان .

٢٠ - ترتيب موضوعات الكتاب : بعد هذه الإلمامة العجلى بالالتزام نبدأ الكلام في مصادره ، ونقدم لذلك بكلمة في ترتيب هذه المصادر ، ثم نستعرضها في أبواب أربعة :

الباب الأول : في العقد .

الباب الثاني : في العمل غير المشروع .

الباب الثالث : في الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : في القانون .

مصادر الالتزام

مقدمة

في ترتيب مصادر الالتزام

٢١ - صريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام . فالإلتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والزام المتسبب في ضرر بتعويضه مصدره العمل غير المشروع . والزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص في القانون .

٢٢ - الترتيب التليفي لمصادر الالتزام : تذكر القوانين اللاتينية عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) ، وشبه العقد (quasi-contrat) ، والجريمة (délit) ، وشبه الجريمة (quasi-délit) ، والقانون (loi) .
فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع ينشأ بمقتضاه البائع والمشتري على إنشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع كالالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التمرض . ومنها ما هو في جانب المشتري كالالتزام بدفع الثمن .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه أيضاً التزام مقابل في جانب ذلك الغير (أنظر المادة ١٣٧١ من القانون المدني الفرنسي) . مثل ذلك القضولي ، فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه ويأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل ، فيلتزم هذا في حالة ما إذا أحسن القضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه بأن يرد ما أنفقته القضولي من مصروفات ضرورية ونافعة ، وبأن يتخذ ماعقده القضولي من التزامات في سبيل القيام بمهمته (أنظر المادة ١٣٧٥ من القانون المدني الفرنسي) .

والجريمة هي عمل ضار يأتيه فاعله متعمدا الإضرار بالغير ، كما إذا أنلف شخص عمداً مالا مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يعرض عن المال الذي أنلفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلزم بتعويض الضرر كما في الجريمة . فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دمس شخصاً في الطريق ، فإنه يلزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي أحدثه .

والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام فينشئه في حالات معينة ، كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة ورضاع وحضانة ووصاية وقومة إلى غير ذلك ، وكما في التزامات الجار نحو جاره .

هذه هي مصادر الالتزام ، وتذكر عادة على الترتيب المتقدم . وقد اتفق علماء الفقه الحديث على انتقاد هذا الترتيب ، ولكنهم اختلفوا في الترتيب الذي يجب الأخذ به ، ثم استقرت جمهورهم على ترتيب معين .

وحق نستوعب هذه المسألة الهامة نبحت أولاً من أين أتى هذا الترتيب الذي قلناه ، ثم نبين وجوه التقدير ، ونخلص من ذلك إلى الترتيب الذي يث لمصادر الالتزام .

١٤ — من أين أتى الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

٢٣ — القانون الروماني : لم يرد هذا الترتيب في القانون الروماني في هذه المدرسي ، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر : الجريمة (*delicta*) وتتحصر في جرائم محددة ، والعقد (*contractus*) ويشتمل على عقود معينة على سبيل الحصر ، ثم إلى مصادر أخرى للالتزامات التي لا تنشأ من الجريمة ولا من العقد ، وهي مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول القانون الروماني ترتيبها ، وأسماءها والأسباب المختلفة (*variae causarum figurae*) .

هذا هو ترتيب القانون الروماني لمصادر الالتزام في عهده المدرسي . ولم يكن فيه شيء عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة . ولكن جاييس *Gaius* ،

أحد فقهاء الرومان المعروفين ، رأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة ، بجامعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع (١). والذي كان جاييس عليه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة ، لا من حيث مصدرها ، لأنها لا تنشأ من جريمة في الواقع من الأمر ، بل من حيث أثرها ، إذ هي في حكمها كالتزامات التي تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلى ورثة المدين ويصح أن تجاوز حد الضرر الذي أحدثه العمل . ولفرق واضح بين المعنيين ، إذ أن الشبه في المعنى الأول يقع على المصدر ، ويقع في المعنى الثاني على الأثر . وكان جاييس يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) . ورأى جاييس أيضاً أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من العقود المعينة المعروفة (٢) ، ويقصد المعنى الذي قصد إليه في الأعمال غير المشروعة ، فهي التزامات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد ، فليست إذن في مصدرها تنشأ من شبه العقد ، بل هي التزامات كذلك التي تنشأ من العقد من ناحية الأثر . وإلا فالفرق كبير بين العقد وما يسمى شبه العقد ، فالأول توافق لإرادتين ، والثاني لا وجود لهذا التوافق فيه ، بل قد لا توجد الإرادة فيه أصلاً . وكان يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بعقد (quasi ex contractu tenetur).

ولم يلبث الفرق الدقيق بين المعنيين أن زاد دقة وغوضاً ، حتى ورد فيما كتبه جاييس نفسه وقطعه عنه جستنيان (Justinian) شيء من الخلط بينهما .

على أنه يلاحظ أن كلا من جاييس وجستنيان لم يستعمل لفظي «شبه العقد» و «شبه الجريمة» ، الذين استعملهما بوتيه (Pothier) والقانون الفرنسي من بعده . وقد أخذ هذان الفيلسوفان مدلولاً آخر غير الذي كان عليه جاييس من الفيلسوفين المقابلين لها في ترتيبه . وسنبين ذلك فيما يلي .

(١) فالق في الجرائم المعروفة ، ومنها السرقة والنش والتهديد ، أعمالاً أخرى غير معروفة ، كإخلال القاضي بواجباته وظنيته ووقوع الدعوى من خلفته مثلاً ، نصيب الغير بالفساد .

(٢) فالق في العقود المعروفة ، ومنها البيع والإيجار والقرض والطرية والوكالة والقسمة ، أعمالاً وواقع أخرى معروفة كسبل القسوة ودفع غير المستحق وحالة الجوراء ومركز الشخص في أسرته فيما يترتب على هذه الواقع من التزامات .

٢٤ - القانون الفرنسى القديم : أما ترتيب مصادر الالتزام فى القانون الفرنسى القديم فاريخه تخوير مستر للنظرية الرومانية حتى خرجت عن معناها الصحيح . ولم يلبث التعبير الرومانى (quasi ex delicto) و (quasi ex contractu) أن انقلب فأصبح (ex quasi delicto) و (ex quasi contractu) . ولكن المعنى فى أول الأمر لم يتغير واقتصر التحوير على اللفظ . وإن كان وشبه العقد اتسع نطاقه فأصبح يشمل مسائل أخرى كالقوامق والميراث . وفى عهد أصحاب الحواشى (glossateurs) صارت مصادر الالتزام العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة ومصادر أخرى متفرقة (variae causarum figurae) . فاستبقى « المحشون » المصادر الأربعة التى عرفت عند جاييس وچيـان ، ، وزادوا عليها هذه المصادر المتفرقة التى جعلوها مستقلة عن ملحق العقد وملحق الجريمة حتى يفسبوا إليها الالتزامات التى لا يمكن إرجاعها إلى مصدر من المصادر الأربعة الأولى كما فى دعوى الاسترداد بسبب السرقة (condictio furtiva)

أما المدرسة البارتولية فقد حملها روح التحليل المنطقى التى اشتهرت بها على بحث الأساس الذى بنيت عليه الالتزامات الناشئة من « ملحق العقد » . وكان رأى بارتول (Bartolo) أن ملحق العقد هذا ليس مبنياً على إرادة حقيقية أو مفترضة ، بل هو مبنى على إرادة وهمية خلقها القانون . وهذه هى الخطوة الأولى فى تقريب « ملحق العقد » من العقد وإخراج هذا التعبير الأول عن المعنى الذى قصد إليه الرومان .

ثم تلى ذلك الخطوة الثانية ، وأصبح « ملحق العقد » يتضمن إرادة مفترضة تقربه من العقد الذى يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا عن النظرية الرومانية وانضجرت مسافة الخلاف بين النظريتين . فالنظرية الرومانية كانت ترى « ملحق العقد » هو العمل المشروع الذى ليس بعقد ، أى أن الفكرة الأساسية فيه هى أن تخفى عنه صفة العقد . أما الآن « فالملحق بالعقد » هو عمل مشروع يقرب من العقد فى أن كلاهما ليس عملاً مشروعاً فحسب ، بل هو أيضاً مبنى على إرادة : حقيقية فى العقد ومفترضة فى ملحق العقد . ومن ثم لصقت صفة العقد بملحق العقد ، وأصبح هذا « شبه عقد » .

ثم أتى توثيقه فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

٢٥ - قانونه نابليون : وانتقل الترتيب الذي أتى به بوتيه إلى قانون نابليون على علته . فجعل هذا القانون مصادر الالتزام خمسة هي المصادر ذاتها التي قال بها بوتيه .

وسلم كثير من فقهاء القانون المدني الفرنسي في أول الأمر بهذا الترتيب ، ولم يرضوا له بنقد ، بل جعلوه أساساً لتعليقاتهم وشروحهم .

٢٦ . نقد للترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

٢٦ - نقد الأستاذ جونيول^(١) : يرى الأستاذ بلايول (Blaisiol) أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجودية التصمد أو تعللها ، لأهمية له ، لأن حيث نشوء الالتزام ولا من حيث ما يترب عليه من الأثر . فشب الجريمة ينشئ التزاماً كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض يلحق كاملاً في الحاليتين .

أما شبه العقد فهو في نظر الأستاذ بلايول تعبير مفضل . ذلك أن أصحاب الترتيب التقليدي يزعمون أن شبه العقد قريب من العقد في أنه عمل إرادي ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة في أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادي ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

أما أن شبه العقد عمل غير إرادي ، فيظهر هنا من أن الالتزام الناشئ من شبه العقد ليس على أية صورة من الصور وليد الإرادة - بله توافق الإرادتين - فهو قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافق الأهلية فيه ، بينما يشترط توافرها في المتعاقد لأن التزامه لا ينشأ إلا بإرادته . وإذا كنا في شبه العقد قد

(١) أنظر مقال في المجلة الانتقادية (Revue Critique) سنة ١٩٠٤ ص ٧٧٤ وما بعدها .
وانظر أيضاً مختصره في القانون المدني جزء ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

نصادف عملاً إرادياً في مبدأ الأمر ، كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير فينشأ التزام في ذمة صاحب الأرض بأن يرد ما أرى به على حساب صاحب البناء ، فإن هذا العمل الإرادى ليس هو الذى خلق الالتزام ، وليس من صلت منه هذه الإرادة هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الذى لم تصدر منه أية إرادة ، وهو صاحب الأرض الذى فوجيء بالبناء مقاماً على أرضه .

وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع ، فيظهر هذا إذا تعمقنا في تحليل الالتزام الذى ينشأ من شبه العقد . فإننا نقف عادة عند العمل الذى يبدأ به شبه العقد . وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة . ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذى ينشئ الالتزام ، فإن الملتزم ليس هو الشخص الذى دفع الدين أو أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن . فلذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متلمسين إياه متصلاً بشخص المدين ، وجدنا أن هذا السبب في الحالتين المتضمنتين وفي الحالات الأخرى الماثلة يرجع إلى إزاء المدين دون سبب على حساب الدائن ، فوجب عليه أن يرد للدائن ما أرى به على حسابه . فالإزاء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهو عمل غير مشروع . ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع كما زعمون .

٢٧ - رأى الأستاذ بونبول في ترتيب مصادر الالتزام : ثم يقدم الأستاذ بلايول أساساً لترتيب آخر ، فيلعب إلى أن للالتزام مصدرين اثنين : العقد والقانون . ويرد شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون . ذلك أن الالتزامات التى تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلا التزامات جزائية قللت بسبب الإخلال بالالتزامات قانونية . ففى شبه العقد يترى شخص على حساب غيره ، فيخل بالالتزام قانوني هو ألا يترى دون حق على حساب الغير ، وينشأ من الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو رد ما أرى به . وفى الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص ، بخطأه العمد أو غير العمد ، ضرراً للغير ، فيخل بالالتزام قانوني هو ألا يضر الغير بخطأه ، وينشأ من الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو تعويض الضرر الذى أحدثه .

والذي يميز هذه الالتزامات الجزائية هو أنها ليست كالاتزامات القانونية
درماً لضرر قد يقع في المستقبل ، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع في الماضي .
على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هي في الواقع الالتزامات
القانونية ذاتها قد استحالت إلى تعويض ، على الوجه الذي نراه في الالتزامات
التعاقبية عندما تستحيل هي أيضاً إلى تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عيناً . فكل
التزام غير تعاقبي يكون التزاماً قانونياً ، إما في صورته الأصلية ، وإما في
صورة استحاله فيها إلى تعويض . وهو في الصورة الأولى يراد به درء ضرر
قد يقع ، وفي الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع .

٢٨ - تعبير رأي الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام :
هذا هو الرأي الذي يقدمه الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام .
وهو رأي غلاب ، بسيط المظهر ، سهل الفهم . ولكن حظ من الابتداع أقل مما
يظهر لأول وهلة . فتمسكه تولىه (Tontier) (١) إلى تقديرات الترتيب التقليدي لمصادر
الالتزام نقداً جدياً ، وبين في وضوح وجلاء : (أولاً) أن مصادر الالتزام
لا تعدو أن تكون الاتفاق أو القانون . (ثانياً) أن الالتزامات التي يكون مصدرها
القانون إما أن تستند إلى القانون رأساً وإما أن تنشأ على أثر عمل صادر من
المدين أو الدائن . (ثالثاً) أن ما يسميه القانون بشبه العقد إنما يرجع إلى قاعدة عادلة
هي عدم مشروعية الإثراء على حساب الغير ، وأن المشرع كما ألزم من يأتي
بعمل غير مشروع تعويض الضرر الذي يحدث من هذا العمل ، ألزم كذلك من
يثري بعمل مشروع على حساب غيره أن يرد إلى هذا الغير ما أثرى به على
حسابه ، وهذا تقابل منطقي عادل .
ولكن بلانيول كان مبتدعاً عندما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية

(١) تولىه ١١ رقم ٢ ، وما بعدها . ولعل تولىه هو أول من حدد الترتيب الذي أتى به
قانون نابليون نقداً جدياً ، وعرض الفكرة والتساق عند مطالعته هذا الموضوع .
وقد أضاف بلانيول تولىه حين ذكر عنه ما يأتي : «... بين هاتين الصفتين من كتابه ،
وهما صامدتان عن تفكير قوى وتغيير متين ، لم يلتفتا نظر من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندري
كيف أن ديملوب ، وهو الذي استعان كثيراً بكتاب تولىه في هذا الموضوع ، لم يخلص
منه بقلعة . فإتينا إذا لم نقرأ آراء تولىه إلا عن طريق ما اقتبس منه ديملوب لا نغزو أن
تولىه قد أتى بهذه الأفكار السليمة للعبية » . (بلانيول ٢ رقم ٨١١ ملحق رقم ١) .

والالتزامات التي تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد . فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ما هي إلا التزامات قانونية استحالحت إلى تعويض مالي . وكان مبتدعاً كذلك عندما أرجع كل هذه الالتزامات غير التعاقدية إلى فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع ، أو التعويض عن ضرر قد وقع .

علي أنه بالرغم من روعة ما في هذا التحليل من جدة وبساطة ، فليس فيه ما يلقى كثيراً من الضوء على ترتيب مصادر الالتزام . إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا قبلها ، لم نتقدم خطوة كبيرة إلى الأمام . فهي أقرب إلى التعليل منها إلى التحليل ، لأنها توضح علة وجود الالتزامات أكثر مما تبين مصدر نشوئها .

هذا هو بوجه إجمالي موضع الضعف في نظرية الأستاذ بلانيول . وإذا أردنا نقد تفاصيلها أخذنا عليها ما يأتي :

(أولاً) إذا صح أن القانون مصدر لكل الالتزامات غير التعاقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلى بعضها ، ومصدر مباشر بالنسبة إلى بعض آخر (١) . وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

(ثانياً) بالغ الأستاذ بلانيول في تأكيد أن شبه العقد عمل غير مشروع ، مع أن القول بأنه عمل مشروع لا يخلو من الوجهة . ذلك أن المثرى على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا إليه في أصله كان مشروعاً ، وإذا نظرنا إليه في نتيجته كان غير مشروع . فهو عمل يتسبب عنه إثراء على حساب الغير . فيبقى العمل في ذاته مشروعاً وإن تسببت عنه نتيجة غير مشروعة .

على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلانيول فضلاً كبيراً في توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام . وقد أجمع الفقهاء ، على

(١) إذا قلنا إن القانون مصدر مباشر لبعض الالتزامات فإننا قصد بذلك أن هذه الالتزامات لا تزال تنبثق من واقع قانوني ، شأنها في ذلك شأن الالتزامات التي تنبثق من العقد ومن العمل غير المشروع ومن الإثراء بلا سبب ، ولكنها لا تنبثق عن هذه الواقع إلا في حالات خاصة ينص عليها القانون بطريق مباشر .

أثر الحملة التي قام بها ، على تعدد هذا الترتيب . وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث ، ننقل الآن إليه .

٣٩ - الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

٢٩ - القانون المدني المسمى القديم : نص القانون المدني القديم في المادتين ١٤٧/٩٣ على أن التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون . وهذا الترتيب خبر بكثير من الترتيب الذي أتى به القانون الفرنسي . فقد تجنب أكثر وجوه النقد التي توجه إلى الترتيب الأخير ، فلم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة ، ولم يجعل ما يسمى « شبه العقد » مصدراً للالتزام ، بل جمع المصادر التي وزعها القانون الفرنسي بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة في مصدر واحد وأسماء وضلاء (fait) ، وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين .

وكل ما يمكن أن يوجه للقانون المصري القديم من النقد أنه لم يبين ما ينطوي تحت كلمة « الفعل » من معان . فالفعل إما أن يكون من شأنه أن يفقر الدائن دون حق ، وهذا هو العمل غير المشروع . وإما أن يكون من شأنه أن ينفى المدين دون سبب ، وهذا هو الإثراء بلا سبب . وهكذا يتكشف عن « الفعل » مصدران لمصدر واحد ، كان فصل أحدهما عن الآخر أجلى بياناً وأوسع إحاطة .

٣٠ - التقنيات الجزئية والفقر المحرّب : وإذا رجعنا إلى التقنيات الحديثة ، كالقنين الألماني والتقنين السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي والتقنين الإيطالي الجديد ، وأردنا أن نستخلص منها ما توخه من ترتيب لمصادر الالتزام ، أمكن أن يقال في شيء من التعميم إن المصادر التي أقرتها هذه التقنيات خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

ويشارك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب القديم في مصدرين هما العقد والقانون . أما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان في « العمل غير المشروع » . وشبه

العقد في الترتيب التقديم يقابله الإثراء بلا سبب . ويزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام .
وهذا الترتيب هو الذي أخذ به أكثر الفقهاء في الفقه الحديث (١) .

٣١ - التفتيح المرنى الجبريد : ويلاحظ أن التقنيات الحديثة لا تورد في نص خاص مصادر الالتزام مرتبة هذا الترتيب الخلفي الذي تقدم ذكره ، بل إن هذا الترتيب يستخلص من الترتيب الذي اتخذته هذه التقنيات . وعلى هذا النحو جرى التفتين المرنى الجديد ، فلم يورد نصاً خاصاً يقر فيه أي ترتيب معين ، بل اقتصر على عرض مصادر الالتزام المختلفة في فصول متعاقبة ، مرتبة على النحو المتقدم ، وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي ما يأتي -

«والواقع أن ثمة التقنيات ، ولا سيما ما كان منها جرمانياً الفزعة . لا يورد في النصوص تقسماً للمصادر . بل إن المشروع الفرنسي الإيطالي ذاته ، على شدة تأثره بالترتبة اللاتينية ، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهي ، ونفي على التقسيم الذي اتبعه التفتين الفرنسي قصوره وفساده ومجانته للمعقول . وقد برر

(١) وينهب الدكتور لحى بيجت بدوى بك (أنظر كتابه في أصول الالتزامات ص ٣٦ - ص ٤٠) إلى أنه لا يوجد إلا مصدران للالتزام : الإرادة والقانون . ولكنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن القائلين بالترتيب الثاني . فتمده أن الالتزام القدي يتصل إلى الترتيبين مستغلين لكل منهما مصدر خاص : الدين ومصدره الإرادة ، وإيجاب الدين على الوفاء ومصدره القانون . وهذا الالتزام الثاني هو المسئولية القدية . وهو ينهب إلى أن المسئولية القدية ، كثيراً من أحوال المسئولية الأخرى ، مصدرها القانون . فالقانون يحض بالمسئولية إذا أدخل التمسيد بالوفاء بصممه ، وإذا أمر الإنسان بغيره ، وإذا أرى على حساب غيره ، وإذا تضمنت في شؤون غيره ...

ولا نليل القول في قد هذا التقسيم فإن المؤلف قد لم يقرمه . ونجتمزى . بالإشارة إلى أن عيه الجوهري في رأياً هو أن المؤلف ينهب إلى أن مصدر المسئولية القدية يختلف عن مصدر الدين القدي . والصحيح أن المسئولية القدية والدين القدي لهما مصدر واحد هو الإرادة . ذلك أن الدين في العقد إذا أراد أن ترتب في ذمة ديناً أراد أيضاً أن يكون لهاته حق إجباره على الوفاء بهذا الدين ، والقانون يأتي بعد ذلك يقرهذه الإرادة في شقيها ، شق المدبونية وحق المسئولية . فلا عمل مطلقاً لتمييز ما بين المدبونية والمسئولية من حيث المصدر . وقد رأينا فيما تقدم أن الألمان يعمرون ما بين المدبونية والمسئولية في الالتزام القدي ولكتم لا يعملون أحدهما يختلف في مصدره عن الآخر . فلا يمكن الاستناد إذن إلى النظرية الألمانية للقطع من هذا التقسيم .

واضح المشروع الفرنسي الإيطالي إعراضهم من كل تقسيم ونبههم للأحكام الحالية الواردة في المادة ١٣٧٠ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدني الإيطالي بأن التقسيم الذي اتبعه هذان النصان أليق بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية . واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلاً : «والخلاصة أن الفقه يوصيه أن يجرى على التقسيم التقليدي أو أن يحل محله تقسيماً أكثر اتفاقاً مع المقول ، والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عبء تحول دون حرية اجتهاد الفقه في الإبداع والتصور . وقد روى من الأنسب اقتضاء أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وتقنينات حديثة أخرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالي الذي اتبعه التقنين الفرنسي العتيق ، بل جاوز ذلك إلى المدول عن إقرار أي تقسيم رسمي في النصوص . وعلى هذا النحو وقع المشروع يعرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يجهد في ردها إلى أقسام جامعة شاملة في نص خاص . فبعد ، نسجاً على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المفردة (١) ، ثم تناول العمل غير المشروع والإجراء بلا سبب ، وانتهى بالالتزامات التي تنشأ مباشرة من نص القانون (٢) » .

٣٢ - أساس علمي لترتيب مصادر الالتزام ومصادر الحقوق

بوجه عام : تبين مما تقدم أن التقنينات الحديثة جعلت مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المفردة والعمل غير المشروع والإجراء بلا سبب والقانون . وهذا الترتيب قلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس العلمي الذي يرتكز عليه . فلا يكفي أن نقول إن هذه هي مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية متطقية .

(١) وسرى أن الإرادة المفردة ، إذا كان المشروع التهديد قد اعتبرها مصدراً عاماً للالتزام كالعقد والعمل غير المشروع والإجراء بلا سبب ، إلا أنها في المصروع النهائي ، ثم في التقنين الجديد ، لم تصبح مصدراً للالتزام إلا في حالات خاصة بينها نص في القانون . ومن ثم أصبحت الالتزامات التي مصدرها الإرادة المفردة في القانون الجديد إنما هي التي تنشأ عنها القانون بطريق مباشر بمقتضى نصوص خاصة ، وقد عالجناها ضمن الالتزامات التي تنشأ من القانون .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣ علمش رقم ١ .

ونحن إذا أردنا أن نرجع مصادر الالتزام إلى ترتيب منطقي ، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذي ينشئ الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تنشئ الالتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة — دائرة الحقوق الشخصية — بل هي تتناول أيضاً الحقوق العينية ، بل تجاوز قانون الأموال إلى قانون الأسرة ، بل هي تخلق في سماء القانون ، وتنشئ كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها ، سواء كانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام .

ومن الواضح أن السبب الذي ينشئ علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر مجرد فيحدث تعديلاً في العلاقات القانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الوقت الذي نجهد فيه كل حركة . فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات . هذه الحركة التي وقعت نسبها « بالواقعة » . فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت « بالواقعة القانونية » (*fait juridique*) . وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة .

فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان ، بل هي من عمل الطبيعة . وقد تؤثر في العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعني المدين من التزامه . ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام في عقد العمل . ودورانها حول الشمس يحضي عدد السنين اللازمة لتمتلك بالتقادم .

والوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً في الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك . فهو يأكل ويمشي ويتحدث ويعاشر الناس ويحاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر في علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تنجح إرادته إلى شيء من ذلك . فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسئولاً عن تعريض المالك . وإذا مشي دون حيلة فأثلف شيئاً وجب عليه أن يعرض عما أثلف . وإذا تحدث فذكر مثالب للغير فقد يكون هذا سبباً أو قدفاً يجعله مسئولاً . وإذا جامل

الغير قدام ببعض شؤونهم قد يجد نفسه ملزماً بإتمام مابداً به ويكون دائماً لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه في الوقائع المتضمنة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية ، أراد النتائج التي تترتب عليها في بعض القروض ، ولكنه في أكثر القروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان ماليس بأعمال مادية ، بل هي أعمال إرادية . وزيد بالعمل الإرادي هنا عمل الإرادة المحضة تنجبه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمى أعمالاً قانونية (*actes juridiques*) تتميزاً لها عن الأعمال المادية . ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف والوعد بمجازة (الجعالة) ، ويسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد (*acte juridique unilatéral*) ، ومنها ما يرجع لإرادته مقرونة بإرادة طرف آخر ، وهذا هو العقد (*acte juridique bilatéral, contrat*) .

من ذلك نرى أن الوقائع هي مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون طبيعية (*faits naturels*) أو اختيارية (*faits volontaires*) . والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية (*actes matériels*) أو أعمالاً قانونية (*actes juridiques*) . والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد (*actes unilatéraux*) أو صادرة من الجانبين (*actes bilatéraux, contrats*) . والقانون من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

ويلاحظ في هذا الترتيب أننا تدرجنا من الأعم إلى الأخص . فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية ، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية . والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال الصادرة من الجانبين .

٣٣ - فليس هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية : المعروف أن أسباب كسب الحقوق العينية سبعة : الاستيلاء والميراث والوصية والاتصاف والعقد والشفعة والمجازة .

فلذا رتبنا هذه الأسباب على النحو الذي قدمناه كان منها الوقائع الطبيعية

وهي الميراث وأسباب الأخذ بالشفعة والتضام . ومنها الأعمال المادية ، وهي الاستيلاء والاتصاق والحيازة . ومنها الأعمال القانونية ، بعضها عمل صادر من جانب واحد وهي الوصية وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وبعض آخر عمل صادر من الجانبين ، وهو العقد (١) .

(١) وهذا الترتيب الذي توخيناه تظهر فيه مزيان متصلتان بأسباب كسب الحقوق
الغنية :

(الأول) أنه يفسر معنى المائل التلمذة . فكثيراً ما يناقش القضاء حل الشفعة حق عيني أو من شيء غير ذلك . كما يناقشون في طيعة الحيازة وهل هي حق عيني . ونحن لا ترددي الإجابة على هذه المسائل بما اقتضاه . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عيني أو حق شخصي ، بل هما واقتنان قانونيتان تدنلان في أسباب كسب الملكية . فيها إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر الحقوق . ولا يصح أن يقال من أي منهما إنه حق عيني أو حق شخصي بالقدر الذي لا يصح أن يقال به إن القدر ، وهو أيضاً مصدر للحقوق ، حق عيني أو حق شخصي . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لا يجوز لدائي الشفع أن يستلموا الشفعة باسم مدنيهم .

والذي ظن الناس في أمر الشفعة هو أنها تجعل الشفع بالنسبة إلى العين المتفوع فيها في منزلة من له الحق في أن يستلمها . وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك ، حيث يكون الشخص أجيباً عن الشيء ، وحق الملكية الكامل ، حيث يكون الشخص حق عيني في الشيء . وتظهر ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أيضاً في منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة في الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذي أصبح مالكاً عند تمام البيع . وقد نهى قضاء الشرعية الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص في أن يملك ، أو كما يقول العراقي في التروك « من امتد له سبب المطالبة بالملك » وخرق بين هذا وبين « من ملك أن يملك » (الفروق للعراقي المطبعة التونسية سنة ١٣٠٢ الجزء الثالث ص ٢٨ - ص ٣١ - النظرية العامة للالتزامات في الشرعية الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة طرفة ٢٢٢ ص ٢٦٥ وما بعدها) .

والتفاوتان بانتقال الشفعة إلى الورثة يتنون بذلك أن الحق في التملك بسبب الشفعة - وهو كما قلنا منزلة وسطى بين مجرد الرخصة والحق الكامل - يتخلل بالميراث ، وتظهر ذلك أن يتخلل حق من وجه إليه الإيجاب إلى ورثته بعد موته فيقبلون بدلا منه ، وسنرى أن هذا الحق لا يتخلل إلى الورثة وأن الإيجاب يسقط بموت من وجه إليه هذا الإيجاب .

(الثانية) أن هذا الترتيب يزيل ليساً نقاً من عدم الدقة في تعريف المثل الذي والصل القانوني . فقد جرت القضاء على أن تعرف المثل الذي بأنه واقعة اختيارية لا يحدد منها صاحبها النتيجة القانونية التي ترتب عليها ، أما المثل القانوني فواقعة اختيارية يحدد نتيجتها القانونية . فإذا سلمنا بهذا التعريف تسألنا أين إذن تقع الاستيلاء والحيازة ؟ نفسها طباعاً لتعرف للظن في الأعمال القانونية لأن القام بها يحدد ما يترتب عليها من النتائج . ولكن =

٣٤ - تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام : ونطبق هذا الترتيب

الطبي على مصادر الالتزام . فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة ترتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي . لذلك يصح إستناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

والأعمال المادية قسمان : القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فحق الدائن دون حق فيلزم المدين بالتعويض ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى الضار . والقسم الثانى أعمال مشروعة تفق المدين على حساب الدائن فيلزم المدين أن يرد ما اغتنى به ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى النافع .

== القول بهذا مخالف للقول ، فن غير الممكن التسليم بأن الاستيلاء والمجازة من الأعمال القانونية ، فلكل يترجىها بعض القضاء من دائرة هذه الأعمال بطليات مشكوك في وجاعتها (أنظر ديموج ١ من ١٢ - ص ٢٦) . ولا شك في أن الاستيلاء والمجازة أعمال مادية . فلكل وجب أن يصح تكييف السل اللادى والسل القانونى . فأول ما عمل مادى يقع من الإنسان باختياره ، سواء أراد النتيجة القانونية التى ترتب عليه أو لم يرد . فالسل الضار هو عمل مادى اختلى لا يريد صاحبه ما ترتب عليه من النتائج القانونية ، والاستيلاء عمل مادى اختلى يريد صاحبه هذه النتائج ، والاتصاف والفضالة من الأعمال المادية الاختيارية التى قد يريد صاحبها تأجيلها القانونية وقد لا يريد . أما السل القانونى فليس بسل مادى ، بل هو لؤادة تنبى لإحداث نتيجة قانونية معينة . ففى يميز إذن بين السل اللادى والسل القانونى ليس هو كما يظن الكثيرون أن الأول لا يحدد نتيجة القانونية ، والثانى يحدد نت هذه النتيجة ، ولكن للميز بين السلين هو أن الأول مادى والثانى غير مادى أو هو مجرد لؤادة تنبى لإحداث أثر قانونى .

على أنه يمكن تمييز طائفة ثالثة من الوقائع القانونية لمصح نسبتها للوقائع للركبة والوقائع المختلطة . فلذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانونى ، كانت مركبة (complexion) . مثل ذلك الشفعة التى فيها بيع العين للشفعة مع الشروع أو المولود ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وهذا عمل قانونى . أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن انحطت فيه النصير اللادى بنصير الإرادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) . مثل ذلك الاستيلاء انحطت فيه المجازة المادية ، وعن عنصر مادى ، لإرادة المستول فى أن يتملك فى الحال ، وعن عنصر لؤادى ، ولكن النصير اللادى هو الغلب . ومثل ذلك أيضاً الوفاء انحطت فيه تسليم الشيء الواجب الإداء ، وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على اقتضاء الدين ، وهو عنصر لؤادى ، ولكن النصير الإؤادى هو الغلب .

والأعمال القانونية إما. أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد ، أو صادرة من جانب واحد وهذه هي الإرادة المنفردة . ومن ذلك نرى أن العقد والإرادة المنفردة تتضمنها الأعمال القانونية . وهذه يقابلها الأعمال المادية ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية ، وهذه هي التي تنسب للقانون .

الباب الأول

العقد

LE CONTRAT.

تمهيد

٣٥ - مسائل محوّلة : تمهد الكلام في العقد بكلمات ثلاث : إجمالاً في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

• • •

١٥ - تعريف العقد

٣٦ - الاتفاق والمعقد . يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد . فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري . والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالاتزام أو إضافة شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينهي به الدين .
والعقد (contrat) أنحص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله . ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشأً لالتزام أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل القانون المدني الفرنسي هذا التفریق بين العقد والاتفاق عن بوتييه ودوما ، إذ عرف العقد في المادة ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحر شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفضله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً ، فهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذي أورده القانون الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

٣٧ - لا أهمية للتمييز بين الاغراض والعقود: ولا لى أهمية للتمييز بين

الاتفاق والعقد . وننقذ في هذا مع أكثر التفهاء . وإذا كان التفهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأى أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعاوضة ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين المبة والبيع من حيث أن كلاهما عقد بمجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر .

وكان المشروع التمهلى يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . فصصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها » . وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي للإبطال في المادة الأولى منه . وقد قصص من إيراد هذا التعريف في المشروع نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية (١) . وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي فإن هذا الحذف لا يعنى عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان الحذف مجارة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات التفهية (٢) .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

٣٨ - وجوب الاتفاق على إصدار أثر قانوني : والمهم في العقد أن

يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة . ويتبين ذلك من الظروف والملازمات .

قد يدعى شخص آخر إلى وليمة ، في نطق المباحلات الاجتماعية ، فيقبل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٠ في الماش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١١ في الماش ومن ٩ في الماش .

المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشأ التزاماً قانونياً فيما بينهما .
فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم تترتب على ذلك مسئولية في جانب من أخل
منهما بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان
ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا اتفقت شركة مع مستخدم متعلها على
أن تقدم له الغذاء أثناء عمله في جهة نائية ، أو تمهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام
للزبيل ، فهذا التصهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام
قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له الموتة دون
مقابل في حصاد زرع ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض
شخص على صديقه أن يستصحبه في سيارته ، فلا تنطوي هذه الاتفاقات على
معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذي تمهد
أن يعالج قديراً دون أجر يلزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية .
فالولد الذي يعمل مع أبيه في صناعته ، والزوجة التي تعين زوجها في تجارته ،
والأب الذي يعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، لا يقصد أى منهم أن يرتبط
ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني .
فقد يعمل الولد أجراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها في تجارته ، وقد
يعد شخص بجائزة من يقدم خير تصميم لمنى يريد إقامة فيفوز ابنه المهتمس
بالجائزة .

٣٩- تحديد منطقة المقعر : وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني
يكون عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي
دائرة المعاملات المالية .

فالمعاملة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخيه ، وتولية
الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست
عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي والدمستوري والإداري .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتمني في الشرائع التي تميزه اتفاق بين الولد
المتبنى والولد المتبنى . ولكن يجدر ألا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً وإن

وقعت في نطاق القانون الخاص ، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .
فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو
عقد . تسترى في ذلك العقود التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك
التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعقود التي توفق ما بين مصالح متعارضة
وتلك التي تجمع ما بين مصالح متوافقة ، والعقود الذاتية (*actes subjectifs*)
وتلك التي تنظم أوضاعاً مستقرة (*actes-règle, actes-condition*) . وكان
بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (*contrats d'adhésion*)
والعقود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كعقد الشركة ، والعقود التي تنظم
أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية (*contrats collectifs*) ، من منطقة العقد .
ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني .

٥ - **المفاهيم الشخصية والمادى في العقد** : سبق أن أشرنا إلى
ملعبين في الالتزام ، أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية ،
والآخر مادى ينظر إليه كقيمة مالية . هذان اللعبان زائعا أيضاً في العقد .
فاللعب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . واللعب
المادى يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .
والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هي التي تلعب مذعباً شخصياً في العقد ،
وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (*volonté interne*) ، وعندها أن العبرة بإرادة
المتعاقدين التي يكنانها في الضمير ، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلا مجرد
دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا
فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .
أما القوانين الجرمانية فتأخذ في كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة
(*volonté externe, déclaration de volonté*) ، وتوقف عند التعبير عن الإرادة ،
ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها ،
بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في نوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها . وهذا
المظهر المادى هو المظهر الذي يجب الوقوف عنده ، ما دام العقد ينشئ روابط
اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التي تنطوى عليها النفس ، فهي من الظواهر النفسية ،
لا يعبأ القانون بها وهو ينظم الروابط الاجتماعية . وسنعود إلى هذا الموضوع
بياناً أو في فبا يلي .

٢٤ - مبدأ سلطان الإرادة

(Autonomie de la Volonté)

٤١ - عرضي هاهنا للمذهب : ينحى أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة

لها السلطان الأكبر في تكوين القدر وفي الآثار التي ترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، وتلحمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يحلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل الزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشي مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يسعى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذي يحمي القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم في التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذهب الفردي ، وكان من ذلك أن انتكس مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يعمنون في نقده ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضمون الأمثور في حدودها المعقولة .

فتحت تتبع في بحثنا هذه المراحل الأربع ، فرى كيف نشأ هذا الملعب ، وما بلغ إليه من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقري بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر في نصايه المقول . ولا زعم بذكر هذه المراحل أنها تحقت عملا في التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق في أية مرحلة منها على النحو الذي يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نعتي أن هناك تطورا في منحي التفكير الاجتماعي تقسمه إلى مراحل توخيا للإيضاح في بسط هذه الآراء . ونحن في ذلك لا تؤرخ وقائع اجتماعية ، بل نتبع تطور نظريات ومذاهب .

٤٢- كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة: لم يعرف القانون الروماني في أي

عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملا . بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة ، ويكون التزامه صحيحاً . لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للأداب . فالتعهد الشكلي كان عقداً مجرداً صحته تستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية مالبت أن تطورت وتعمدت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، وجوب السرعة في المعاملات . واقترب هذا كله بتقديم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطانية (pactes pré-récis) وللعقود الشرعية (pactes légitimes) . ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفها بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات .

وبقي العقد اللفظي (*contrat verbal*) إلى آخر عهد القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه مائدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما في العصور الوسطى فلم تقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . وقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر . ثم أخذت تتحور ، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً . وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ - تأثير المبادئ المرفيعة وقانونه الكنسية : فكان التعاقد إذا اقم على احترام عقده ، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص ، عد الحث باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجرى تنفيذه بدعوى (*actio ex nudo pacto*) أمام المحاكم الكنسية .

٢ - إحياء القانون الروماني وتأثيره : ونحن نعلم أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير يختلف عقوده الملزمة . وتوسعا في تفسير تلك الروح ، وفهموا خطأ أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء في القانون الروماني .

٣ - العوامل الاقتصادية : بعد أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضي الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تنضي طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ - العوامل السياسية : وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ في حماية العقود التي تم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ،

وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في القطرية والسذاجة .
وماجاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقرواً .
وما كاد أثر الدين بضمف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية
وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر ،
وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبنى على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته
وتفسير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد قام
الفيزوقراطيون (physiocrats) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ،
ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً في نشاطهم الاقتصادي وفُتحت
أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتتحدد الأسعار من طريق
المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكمي عليه المشرع . ومعنى هذا أن
الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي ، وأن العقود
لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب
هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو
(Rousseau) في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي (contrat social) ، فكانت
حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك
العصر . وقد تلفت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى
المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع قانون نابليون على أساس تقديس
حرية الفرد والإيمان في احترام إرادته .

٤٣ — مدى ملوصل إليه مبدأ سلطان الإرادة : استقر هذا المبدأ
وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمضي فيه المنطق
القانوني أصبح يشتمل على أصليين : (أولاً) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ،
ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة . (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون
مصدر الالتزامات ، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات
من آثار .

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة
تجلى قوية في العقد . فالمتعاقدان لايلتزمان إلا بإرادتهما . ولا يلتزم أحد
بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه . أما

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة في قانون نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير . فالحق إذن يرتكر على الإرادة ، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه . وسرى ذلك عند الكلام في الإرادة المفردة . وشبه العقد مبنى على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردعهما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب للترامات فإنما هو يفترض في ترتيبها أن الملتزم ارتضاها في ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادى . وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أى على الإرادة . والميراث مبنى على وصية مفروضة . وطرق التنفيذ الإجبارى دأنا ترتكر على الإرادة الحرة ؛ فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة ؛ فالجرم الذى خرج على المجتمع قد ارتضى مقلداً أن يتاله الجزاء . ذلك لأن القانون مأمور إلا وليد الإرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بممثلهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشرى ذاته ، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعى الذى نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذى يترتب على الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :

الناحية الأولى أن كل ما ارتضاها الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن التزامه إنما ينشأ على إرادته . فلا يصح أن نقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غيباً لحق أحد المتعاقدين مادام قد ارتضى هذا التبعين . والعامل الذى يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يمتنع بأن الشروط التى ارتضاها جائرة . وليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئتين المتبادلين ، بل يكفى أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون ، كأن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو في العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل في إرادته ؛ فإذا التزم بشيء كان العدل أن يقوم بما التزم

به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتصرف في استعمال الحقوق وقواعد المدالة والنظام العام ، فهذه الأشياء لا ينبغي أن تفرق في التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كانت قواعد المدالة والنظام العام تعني بشيء ، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملاً في تفسير العقد وترتيب نتائجها القانونية . والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين ، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد المدالة أن يعدل فيه لو أن يضيف إليه ما ليس منه .

٤٤ - انتقاص مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ) : إذا أرجعنا

انتقاص مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكس متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح ووهم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والتعاقد لا يقتيد بصاحده لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ، وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقى بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فالتعاقدان حكماً يكنى مادام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر . وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة

الظاهرة لأنها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهي التي يؤبه لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فالحجة فيه أوهي . وقد تبين أن ما يسمي شبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استناده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون ، وهو التزام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد التقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رغماً عن إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية الجنون والطفل والأخذ بالمسئولية المادية ، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفي الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعدالة ، ومطابقة لأسباب الاستقرار ، وسير في طريق التقدم .

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأي هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست لإرادة المالك ، بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي ، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة ، بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق الوصية في التطور التاريخي ، وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال . أرايت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين في مركز قانوني نظمه المشرع نفسه طبقاً لمصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بأن المجرم قد ارتضي توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة ، وإلا فأي مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

٤٥ - وضع الأمور في نصابها - إلى أي حد تسيطر الإرادة

على العقود : تبين من تقدم مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذ مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون . وهذه المبالغة كانت

سبياً في مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بفيذه مرة واحدة .
وبين الإمكان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود ،
وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، نتيقن أن الإرادة لا سلطان لها
في دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها
المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية
عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة
فيه إلا بقدر محدود . فقد الزواج ، وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة ،
مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة
للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط
الأسرة لاشأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال زى الإرادة تنشط فيها
تدرجاً . وهي في الحقوق العينية أضيق نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن
الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدرها أكثر منها ، حقوق محصورة
لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع
لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها .
ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهي مصدر لكثير من
هذه الحقوق ، وهي التي ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية
الإرادة حتى في الحقوق الشخصية . فلنأخذ إذا كانت من أهم المصادر لهذه
الحقوق ، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعللها في الأهمية
كالعمل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خالصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان
أوسع ماتكون خطي وأبعد ماتكون مدى . ولكن حتى في هذا الميدان ، إذا
نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها
محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب . بل إن إرادة الفرد - حتى في
داخل هذه القيود - يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظاماً ناتجة
للطوائف والجماعات ، كما في الجمعيات والشركات والتعاقبات ، فهذه تنظمها

الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها. وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs)، كعقد العمل الجماعي (contrat collectif du travail)، وصلاح أغلبية الدائنين مع المعلن، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية. كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجح لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف، كما نرى في تشريع العمال وفي عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدريجاً في القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود. ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للمعاقدين الذي يقدم علي أمر خطير كما في الهبة والرحن الرسمي. وهي تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية. وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تهد سلطان الإرادة من الناحية العملية.

هذه هي الحدود التي رسمها القانون في الوقت الحاضر ميدانا لسلطان الإرادة. فهو يمتد بهذا السلطان، ولكن يحصره في دائرة مقولة، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصلاح العام.

٣ - تقسيم العقود

٤٦ - تقسيمات مختلفة: ذكر القانون المدني الفرنسي بعض تقسيمات للعقود في غير استقصاء. والتقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع. لذلك لم يعرض له القانون المدني المصري، لا القديم ولا الجديد (١). كذلك لم تعرض له التفتينات الحديثة كالتفتين الألماني والتفتين السويسري. ويمكن تقسيم العقود عدة تقسيمات إذا نظر إليه من وجوه مختلفة. فالعقد من حيث التكوين إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: « وقد تعدد المصنفون إقسام تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التفتينات اللاتينية الأربعة، لأن الناية بها من شأن الفقه. وفلك رؤى من الأسوط أن تهمل في النصوص التشريعية». (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ١١ في المعلن).

وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمى (contrat nommé) أو عقداً غير مسمى (contrat innommé). وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte).
وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synallagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contrat unilatéral).
وإما أن يكون عقد معاوضة (contrat à titre onéreux) أو عقد تبرع (contrat à titre gratuit).
وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً مبادئياً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire). وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif).

١ - العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد الميني

٤٧ - العقد الرضائي : هو ما يكتفى في انعقاده تراضي المتعاقدين ، أي اقتران الإيجاب بالقبول . فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد . وأكثر العقود في القانون الحديث رضائية ، كالبيع والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طرفة ، بل تطور إليها تدريجاً .
ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فإدام يكتفى بوجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للأنثبات (ad probationem) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ - العقد الشكلي : هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين ، بل يجب لئله فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون . وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يلدون فيها العقد . ولم يبق في القانون الحديث إلا عدد قليل

من العقود الشكلية ، الفرض من استبقاء شكليتها هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد ، كما في الحبة والرمح (١) .

(١) وقد يكون العقد رضائياً في أصله فيبقى المتعاقدان على أن يكون شكلياً ، أي أن الشكلية تكون واجبة بإتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون . مثل ذلك أن يرضى المتعاقدان ، بخصى عقد ابتدائي ، أن يكون العقد النهائي بالكتابة ، أو بخصى شرط في عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فتكون الكتابة في مثل هذه الحالات وكنا شكلياً لا يتم العمل القانوني إلا باستيفائه . وقد يفسد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للاتبات لا لتكون العمل القانوني . وإذا لم شك في صحة قصد المتعاقدين حل الكتابة ركن شكلي أو من الطريق للاتبات ، فالحق في مصر وفرنا بطرس من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد التفسيرين ، فلذا لم توجد قرينة مرجحة كان الفروض أن المتعاقدين اشتراط الكتابة للاتبات لا للاستناد لأن الأصل في العقود أن تكون رضائية . أظن في هذا المعنى عمدة الاستئناف الوطنية في ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ مايو سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٩١ — ولكن القضاء المصري لم يسر على هذا المسار وسجين ذلك فيما يلي — أظن أيضاً في هذا المعنى عمدة القضاء الفرنسي في ٢٦ يونيو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٣ — وحكم آخر في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٢ — ١ — ٢٨١ مع تعليق فاليري Vallery .

وقد كان المشروع التيمدي يمثل على صر في هذه المسألة يرجع أن تكون الكتابة للاستناد لا للاتبات ، فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع تنص على أنه : « إذا اتفق المتعاقدان على أن يتوقف العقد شرطاً خلاصاً لم يشرطه القانون ، فالقروض عند الشك أنها لم يصداق أن يقرها إلا من الوقت الذي يتوقف فيه العقد الشك المتفق عليه » . وقد جرى المشروع في ذلك على نهج كثير من المصنفات الحديثة (القانون الألماني م ١٢٥ وم ١٥٤ فقرة ٢ — قانون الالتزامات السويسري م ١٦ — القانون البولوني م ١٠٩) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء أ كان ذلك بخصى عقد تيمدي أم كان بخصى شرط معين في عقد أصل — كما هو الشأن في اشتراط الكتابة في التنبيه بالإخلاء في عقود الإيجار — فيفرض أن يتبناها قد انصرفت إلى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هي دالة الفقرة التي عليها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يعمد مجرد قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط حكمها بإثبات العكس (التفتين الألماني تليفات ج ١ ص ١٣٦) . وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلًا ينطوي على تكليف جديد ، فيستلزم أن يرضى ذوق الفنان على ذلك كتابة عن يده منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٦) . أما فيما يتعلق بالشكل الذي يرضى عليه المتعاقدان فلم يسر القضاء على رأي بشأن دالة الاتفاق عند الشك ، فهل يستتبع انتقال الشكل في هذه الحالة بطلان العقد ، أم يجزئ الشكل معفوقاً لتيمة طريق للاتبات لحسب ؟ فتت عمدة الاستئناف المختلطة أنه لا يجوز لسلطان أن يحسب بمصالح الاتفاق بين المتعاقدين ليأدى من ذلك إلى المطالبة =

وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية في القديم ، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلي . وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة . وتختلف عنها أيضاً ، ووجه خاص ، في أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد . فالشكلية الحديثة ، إذا كانت لازمة ، فهي ليست بكافية ، بل لابد أن تقترن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هي التي يقع عليها الشكل . أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هي التي تكون العقد ، لذلك كان لا يجوز العطن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية . فالشكلي إذن كان هو العقد لا الإرادة (١) .

== بالسيرة المتفق عليها إذا كان البيع قد على شروط معة وأرجأ المتعاقدان لربطها التهاى إلى وقت التوقيع على عقد يجره عاموما ما دام أن التوقيع لم يحصل (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن إفتال الشكل الذى اتفق عليه يستجيب البطان دون أن ينس صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة تنسها قد حكمت في قضية أخرى بأن العقود الرضائية تم بمجرد التراضى ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بعد رسمى مع النس صراحة على انصراف نيتها إلى تطبيق الارتباط على إتمام العقد من طريق التوقيع عليه أمام موقى العقود (١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١) . ولوح أن المحكمة قد جنحت في هذا الحكم الأخير لاشتراط الأخلاق صراحة على أن إفتال الشكل المتفق عليه يستجيب البطان . ومن المحقق أن النس الذى اختاره المصروع في المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتزدد القضاء في هذا الصدد . ولكن المادة ١٤٩ من المصروع التمهيدى عندما تلت في لجنة المراجعة اقترح حذفها لإمكان الاستثناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم حذف هذا النص في المصروع التهاى (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ - ص ٧٤ في المامنى) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتزدد القضاء على ما هوول للذكرة الإيضاحية . أما وقد حذف ، فلا مناس من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل في العقد أن يكون رضائياً ، فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للابيات لا للاعتقاد . والراجع في القضاء المصرى والفرنسى يؤيد هذا الرأى كما قدسنا .

(١) ويلاحظ أن كل عقد شكلى يكون التوكيل في عمله شكلياً أيضاً (م ٧٠٠ من القانون الدنى الجديد) ، وكذلك الوعد بإرغام عقد شكلى يكون شكلياً (م ١٠١٦ نرة ٢) ، وإجازة العقود الشكلية تكون شكلية مثلاً . ويتوفى الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلى من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكيلية أو قسيلية لا تتلرض مع ما جاء في .

وقد كان المصروع التمهيدى يشتمل على نص يورد بض هذه الأحكام ، فكانت المادة ١٤٨ من هذا المصروع تنص على ما يأتى :

١٥ - لنا فرض القانون شكلاً معينا لعقد من العقود ، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص يضى بخلاف ذلك . =

٤٩ — العقد الضمني : هو عقد لا يتم بمجرد الرضا ، بل يجب تمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد في القانون المدني الجديد

== ٢٥ — إذا قرر القانون العقد شكليا ، يجب استيفاء هذا الشكل أيضا فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا نيا يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفضيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه . . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « بعض الفقيهين الألمان (المادة ١٢٥) والفقيهين السويسريين (المادتان ١١١ و ١٢٠ من قانون الالتزامات) والفقيهين البرازيليين (المادة ١٣٠) بأن عدم استيفاء عقد من العقود لشكل الذي يفرضه القانون له يستتبع الإعلان أصلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وقد أثار للمشروع اتباع هذا المنهج مخالفا لمذهب الفقيهين البولنديين (المادة ١١٠) في هذا الشأن . فإذا طلب المتعاقبون شكلا خاصا وأطلق الحكم بغير تعقيب ، فمن الطبيعي أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطا لوجود العقد . أما إذا كان الشكل قد فرض لهية طريق الإثبات فوجب : فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك . وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة بغير باطلا إذا لم يتوقف فيه هذا الشرط ، إلا أن يكون القانون قد قضى بغير ذلك . ويلاحظ أن معنى التعديل يتحقق في الشروط التي تتعارض مع مضمون العقد الأول ، لا في الشروط التفضيلية أو التكميلية التي لا تطوى على مثل هذا التعارض . فلا خلاف على ترميم منزل بيع بخصي عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطا تفضيلا لا ضرورة للكتابة فيه . ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف إلى التعاقد الأول من شروط أو نصوص جديدة (فيك ومورولا : تعليقات على فقهين الالتزامات السويسريين ج ١ المادة ١٢ بنسخة ١ و ٥) ... وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة بعدد لا يطوى على تكليف جديد ، فيستلزم أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ١٧ ص ٢٦٢) . « وعندما نلت المادة ١٤٨ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة ، رأيت اللجنة بعد المناقشة حذفها ، استنادا إلى أنه في المادة التي يصرح فيها بالمرع بالجهة التي يريد بها الشكل الذي فرده العقد لا تقوم أية صعوبة ، وفي المادة التي لا يصرح فيها بذلك يترك الأمر لتقدير القاضي دون الأخذ بقرينة أخرى . (انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٤ في المحاضر) .

وهي أيضا كان من المبرر إزاء النص لا يضر بطلب القضاء في تفسير نية المشرع في مسألة جوهرية كهيئة المادة . وقد كان النص الممنوع يقتضي قرينة قانونية على أن الشكل الذي يجره القانون يكون عند ذلك الانضاد للالتزامات . وما دام النص قد حذف ، وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية ، لم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة في التفسير . وعندما أنه إذا غم الأمر ولم يبين القاضي — بشأن يستفاد وسائل التفسير — ما إذا كان المشرع أراد الشكل للانضاد أو للالتزامات ، فالأولى أن يكون الشكل للانضاد للالتزامات . ولا يجوز هنا أن يقال — كما قيل في الشكل الذي يقتضي عليه المتعاقبان — إن الأصل في العقد أن يكون رضائيا . فإن هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة إلى المتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أن نعلم في مبرر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بدونه إلا إذا صرح صراحة على ذلك . أما المشرع فلهما ==

مثل العقد المسمى إلا هبة المتقول ، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بوجه رسمية ، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمت بالتبض (م ٤٨٨) من القانون المدني الجديد). ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يفتق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شرط من التزامه . ففي عقود التأمين يشترط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يبلغ المؤمن له القسط الأول ، والشرط صحيح في هذه الحالة ، ويكون العقد عينياً ولكن العينة هنا مصدرها الاتفاق لا القانون .

أما القانون المدني القديم فكان يسير على نهج القانون الفرنسي ، ويصل إلى جانب هبة المتقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والمارية والوديعة ورهن الحيازة . وكلا القانونين ورث عينة هذه العقود الأربعة عن القانون الروماني دون مبرر . فقد كانت هذه العينة مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في بعض العقود ، وهذه هي العقود العينية . ولم يسلم بأن التراضي وحده كافٍ لانقضاء العقد إلا في عدد محدود من العقود سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضي ، كقاعدة عامة ، كافياً لانقضاء العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لأحلال التسليم محل الشكل . وقد قللت بعض التقنينات الحديثة عدد هذه العقود العينية ، فاستبقى القانون الألماني منها القرض ورهن الحيازة ، ولم يستبق قانون الالتزامات السويسري إلا رهن الحيازة وحده .

٢ - العقد المسمى والعقد غير المسمى

• • - **العقد المسمى** : هو ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيء من الناس في تعاملهم . والعقد المسماة في القانون الجديد إما أن تقع على الملكية ، وهي البيع والمقايضة والمبة والشركة والقرض والصالح ، وإما أن

= كما قل في أن يخلق الشكل الذي يرد ، ومتى فرض شكلاً ، ولم يتم دليل على أنه مقرر للالتزام ، فالقانون أنه مقرر لانقضاء العقد .

منا ولا ورد في المذكرة الإيضاحية مثل على الشروط التفضيلية والشكلية التي لا تتلخص مع حضور العقد المكتوب فلا تنطبق فيها الكتابة . أما الشروط التي تدخل على العقد المكتوب فتعديلاً فتشترط الكتابة فيها ، فمثلاً أن يخلق البائع والثمن بعد كتابة عقد البيع على رأس الثمن أو على زيادته .

تقع على المنفعة وهي الإيجار وعارية الاستعمال . ولما أن تقع على العمل وهي المقولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي المقامرة والرهان والمرتب على الحياة وعقد التأمين ، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة .

وبلاحظ أن العقد المسمى ، في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه ، يخضع للقواعد العامة التي ينحصر لها سائر العقود .

٥١ - العقد غير المسمى : هو ما لم ينص القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه ، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تنترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود ، شأنه في ذلك شأن العقد المسمى . ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (١) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشير إلى ذلك ، ففى فى المادة ١٧٣ على ما يأتى :
١٥ - تسرى على العقود ، المسلة منها وغير المسلة ، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل .
٢ - أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فنقررنا الأحكام الواردة فى الفصول المقررة لها ، ونقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسى الإصالح . وليس يحدده إلى تركه يده القضاء طليقة فى تمييز أنواع أو أعطاء مختلفة من العقود حسب ، بل أريد به ، بوجه خاص ، تقرير المبدأ الأساسى الذى يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسرى على العقود المسلة كالبيع والإجارة والشركة . وعنى عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطبق على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً ، دون تخريب بين العقود المسلة وغير المسلة ، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء . وعندما نلت المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم أغفل المشروع التمهيدى هذا النص لأنه يقرر حكماً ظاهراً لا حاجة فيه إلى نص . (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١١ فى المجلد) .

هذا وقد كان لمشروع غير المسلة فى القانون الرومانى شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يمتزج - فيما خلا العقود التكلفة - إلا بعقود محصورة البدد ، بعضها رضائى ، وبعضها عيى ، وأخرى اغلقت يميل لما قوة العقود . ومن هذه الاغلاقات عقود اعترف بها تدريجاً وبعد تطور طويل ، وهى العقود غير المسلة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : ١ - عقود يقوم فيها =

وتتفاوت التقنيات فيما تسميه من عقود وتختلف أحكامه . وقد كان القانون المدني القديم لا ينظم عقد الزام المراقى العامة ولا القامرة والرهان ولا عقد التأمين ، ويقتضى اقتضاباً عملاً تنظيم عقود القاوله والعمل والحراسة . فعالج القانون الجديد هذه الأمور . ولا زالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كمقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد النزول في الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وأن يتفق على هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وقع في إثبات الإرث (contrat de révélation de succession) ، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثاني وأن يجعل له مبلغاً معيناً ومازاد من الثمن على هذا المبلغ يحفظ به لنفسه . والعقد بين مدير المسرح والممثلين ، وبينه وبين النظارة ، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبي ، واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية للتاجر آخر ، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذي يصوره أو يرسمه ، كل هذه عقود غير مسماة (١) .

== الطرف الأول يتلحق حق عين فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام يتلحق حق عين كذلك (do ut des) ، مثل ذلك الماضية . ٢ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بتلحق حق عين فيلزم الطرف الآخر بعمل شيء (do ut facias) ، مثل ذلك المبى بوض . ٣ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلزم الطرف الآخر بعمل شيء كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يتم شخص حيازة شيء لآخر فيلزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (convention de précaire) . ٤ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلزم الطرف الآخر بتلحق حق عين (facio ut des) ، مثل ذلك عقد الحسبة (acotimatum) . يتم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلزم الآخر إذا بأعما أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد يبور بين البيع والميل والوكالة .

(١) أنظر والزون ١ ص ٩٨ - ص ١٠٠ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العقد الذي يسلط به شخص لأحد عمال الدريبات قلعة أرض نظير تهدي مجلس المديرية بإقامة معسرة عليها في مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ الهجرات ٢٠ رقم ٩٥ من ٢٣٧) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مفتعلاً على التزامات شباغة ، إذ الزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية للنيا) قلعة أرض يصرط أن يتم عليها ==

٣ - العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ - **العقد البسيط** : هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة . وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار ، كما يكون عقداً غير مسمى كالعقد الذي توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طيبة .

٥٣ - **العقد المختلط** : هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلعت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وليس هناك من أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط . فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشمل عليها . علي أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها . ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي ، كما في عقد التليفون ، وهو يدور بين عقد العمل والإيجار ، فنلب القضاء المصري فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلات التليفونية (١) ، وكما في العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) ، وهو يدور بين البيع والإيجار ، فحسم القاتون الجديد (٤٣٠ م) النزاع في شأنه وجعله بيعاً .

== مؤسسة خيرية فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس بيع ولا مفاضة ، وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الاضطرار من ألقاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملك أغلر لها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ من ١٥٣) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحلثة ٨ رقم ٢٦٠ من ٢٦١ .

٤ - العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ - **العقد الملزم للجانبين** : هو العقد الذى ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع فى مقابل أن يلزم المشتري بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية فى العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ - **العقد الملزم لجانب واحد** : هو العقد الذى لا ينشئ التزامات إلا فى جانب أحد المتعاقدين فيكون مدينا غير دائن ، ويكون التعاقد الآخر دائئا غير مدين . مثل ذلك الوديعة غير المأجورة يلزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يردده عينا ، دون أن يلزم المودع بشيء نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ « جانب واحد » (unilatéral) إذا اقترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لا تكوينه ، وإذا اقترن بالعمل القانوني يلحظ فيه تكوين العمل القانوني لآثره .

٥٦ - **أهمية هذا التقسيم** : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدي إلى نتائج هامة لانزاعا فى العقد الملزم لجانب واحد حيث لا وجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج ما يأتى :

(١) فى العقد الملزم للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام كان التعاقد الآخر أن يفسخ العقد . وهذا ما يسمى عادة بالشرط القاسخ الضمني (condition résolutoire tacite, lex commissoria) ، إذ هو شرط مفهوم فى كل عقد ملزم للجانبين (أنظر المادة ١٥٧ من القانون المدنى الجديد) أما فى العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا محل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه

هو أن يتحمل الطرف الآخر من الزامه ولا الزام عليه حتى يطلب التحلل منه ،
فحينئذ أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول (١) .

(١) أصبح عقد القرض وعقد الضمانة وعقد الحيازة ، في القانون المدني الجديد ،
عقوداً مبرمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رضائية ، وكانت عبية في القانون القديم كما أسلفنا
ذكر . فالتسليم لم يعد ركناً في هذه العقود ، بل هو التزام في ذمة المبر والمقرض والراهن .
على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عبية في القانون القديم ، كانت في رأينا مبرمة للجانبين
(أنظر نظرية العقد للوفى ص ١٣١ ملحق رقم ١) ، إذ أن كلام المبر والمقرض والراهن كان
— ولا يزال — يلتزمًا بترك الدين في يد المتألف الآخر إلى الوقت الذي ينتهي فيه العقد .
وعنا الالتزام بماله التزام المتألف الآخر بالمحافظة على الدين . فلما أخل هذا بالزامه ، جاز
للمتألف الأول نسخ العقد واسترداد الدين . وفي عقد القرض يلتزم المقرض بعدم استرداد مثل
ما أقرضه إلا عند نهاية العقد ، وعنا الالتزام بماله التزام المقرض بدفع القوائد للتمتدة . فلما
أخل هذا بالزامه جاز للمقرض نسخ القرض واسترداد ما أقرض . وعنا التحليل بفسر ما انعقد
عليه الإجماع من أن قاعدة النسخ تطبق على هذه العقود . ثم لا نكون في حاجة إلى القول
مع بعض الفقهاء بأن قاعدة النسخ تطبق على العقود للزمة لجانب واحد كما تطبق على العقود
للزمة للجانبين ، ولا إلى مسابقة فقهاء آخرين في تسمية النسخ في هذه العقود بالإسقاط
(déchéance) ، بل نبقى النسخ على طبيعته ، ونعصره على العقود للزمة للجانبين ، ونعمله
في الوقت ذاته ينطبق على العقود التي نحن بصدد ما . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام
في النسخ .

ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في هذه العقود الثلاثة
الزاماً لا ركناً . وذلك لأن كلام المقرض والمبر والراهن إذا فسح العقد في حالة إخلال
للمتألف الآخر بالزامه ، فإنه لا يتحمل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الدين
إلى نهاية العقد .

ولقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الرأي (أنظر الدكتور أحمد حشمت أوبسيت ص ٥٥ —
ص ٦٦ والدكتور عبد الحلبي خيال ملحق رقم ٥٢) . وتحصل اعتراضاتهم فيما يأتي :
(١) أن وصف الواجب السلي للقروض على المبر بترك التسليم يخضع بالدين للقرعة ، وعلى
الراهن بترك الرهن يستل البدل المبرومة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب
مفروض على الكفاية أيضاً .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلي للقروض على المبر وعلى الراهن يختلف
اختلافاً جوهرياً عن الواجب السلي للقروض على الكفاية . فإن تكليفه لا تربطه علاقة
شخصية بالمستبر والمقرض ، فواجبهم السلي في احترام حقها هو ذات واجبهم السلي في احترام
أى حق آخر . أما المبر والراهن فقد ربطتها علاقة شخصية بالمستبر والمقرض ، والزام
نحوها التزاماً شخصياً بعدم استرداد الدين قبل نهاية العقد . والفرق واضح بين التزامها
الفرضي بعدم استرداد الدين وواجبها السلي في احترام أى حق آخر لا تربطها بصحة
علاقة شخصية .

(٢) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . فإذا طوّل بالتنفيذ دفع يوقه حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه هو (أنظر المادة ١٦١ من القانون المدني الجديد) . وهذا ما يسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (*exceptio non adimpleti contractus*) . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا عمل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) في العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضي بأن تحمل التبعة (*risque*) يكون على المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه . ويتلخص هذا المبدأ في أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام يتقضي بسبب استحالة التنفيذ ، ويتقضي معه الالتزام المقابل له ، فيفسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر المادة ١٥٩ من القانون المدني الجديد) . ويكون المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعه هذه الاستحالة . أما في العقد الملزم لجانب واحد فإن الذي يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد يتقضي التزامه بسبب استحالة تنفيذه : ولا يعوض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئا لأنه لم يتعلق في ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذي تحمل التبعة .

== (ب) أن تسليم البين العقود عليها يضمن في الوقت ذاته الالتزام بعدم التعرض ، فإن حفا هو غاية التسليم . والتسليم ونائه شيء واحد ، فحيزته إلى مجرد تسليم وإلى عدم عدم المطالبة أو عدم التعرض تميزت لا لا يقل التميز .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التميز بين التسليم وعدم التعرض (أو عدم المطالبة) أمر ألف ، نراه واضحاً في عقود حلة كالبيع والإيجار . ومن الظروف الأخرى بين الطرية والإيجار إلا في الأجرة ، وحان نحن نرى للوَجَر يُلزم بتسليم البين للوَجرة ويترك للتأجير ينتج بها إلى نهاية الإيجار (في القانون القديم) . فلماذا لا يلزم للمير بتسليم البين المارة ويترك للمسير ينتج بها إلى نهاية الطرية !

(ج) إذا أمكن تصور الفسخ في هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحويل التبعة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن حفا إنما يرجع إلى أن الدفع بعدم التنفيذ وتحويل التبعة يقتضيان أن التسليم لم يتم . أما حنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا الالتزام بترك البين إلى نهاية العقد ، بإبقاء التزام بالمحافظة عليها .

(٤) في العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سبباً (cause) لالتزام المتعاقدين الآخر وفقاً للنظرية التقليدية في السبب ، وذلك لتقابل القائم مابين الالتزامين . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً .

٥٧ - انقضاء الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagma tique imparfait): وكان القانون الروماني يعرف نوعاً من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ، وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم في الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتحويل ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشيء المودع أو برد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشيء من الهلاك .
والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد . وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدره سبب آخر : العمل غير المشروع في حالة التحويل عن الضرر ، والإبراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً في القانون الروماني لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التي كانت تعتبر في هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية في تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً أحرفية التنفيذ (de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية في التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود - سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد - يجب أن يتوافر في تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة في أن تنسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

٥ - عقد المعاوضة وعقد التبرع

٥٨ - **عقد المعاوضة** : هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلًا أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ القوائد في مقابل إعطاء الشيء لأجل ، وبالنسبة إلى المقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل إعطاء القوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول ، لأنه أخذ كفالة في مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر .

٥٩ - **عقد التبرع** : هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلًا أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلًا أخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل الشيء المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير في مقابل الانتفاع بالشيء المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة ، إذا كانت هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذي قلناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض ، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز في عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فتعود التفضل (actes de bienfaisance) بولي المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة المعير دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله

لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضيل ، ولذلك تحوط الشرع فاشتراط في الهبة شكلاً خاصاً .

٦٠ — أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين عقد التبرع — تفضلاً كان أو هبة — وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية الماوض ، فمسئولية المودع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية الماوض ، فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة — الوديعة والإيجار والمعاوضة — تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتتدرج من الضعف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يماوض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع . وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما في الشركة والمزاوعة .

(٣) يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البوليصة دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المصراً آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن في هذا التصرف ولو لم يثبت سوء نية الموهوب له . أما في عقود المعاوضة كالبيع ، فلا بد من إثبات سوء النية .

٦ — العقد المحدد والعقد الاحتمالي

٦١ — العقد المبرور : هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين . فيبيع شيء معين بشئ معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أولاً يعادله مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ - العقد الموهبى : هو العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ أو القدر الذى أعطى ، ولا يتحدد ذلك إلا فى المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالي ، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذى أعطى لا يستطيع أن يعرف فى ذلك الوقت القدر الذى أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشتري أيضاً كالبائع يباشر عقداً احتمالياً ، فهو يعرف القدر الذى أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى وهو الثمن الذى لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة (١) .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلى عدد واحتمالي لا يكون إلا فى عقود المعاوضة ، وليس فى عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً إذا كلاً الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ - أهمية هذا التقسيم : توفيق بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أمام الناحية القانونية غاية محدودة . ومن أهم نتائج أمران :

(١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (محتمل) فى المكسب أو الخسارة . فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود فى الواقع ، وإن حبه المتعاقدان موجوداً ، فالعقد باطل ، كما إذا باع شخص منزلاً لإيراد يعطى لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع .

(٢) وقد فلت محكمة استئناف مصر بأن العقد الاحتمال هو الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من النفعة وقت التعاقد . وهو لا يتحدد إلا نياً بعد تيقن لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انتظامها والزرع قبل نباته بشن جزاء . والبيع بمر الوحشة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (١٨) أبريل سنة ١٩٤٨ الحامدة ٣١ رقم ١٣٥ ص ٣٦٥) .

(٢) لا يؤثر الثمن عادة في العقود الاحتمالية ، لأن الأساس الذي بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمال يتحملة أحد المتعاقدين (١) .

٧ - العقد الفوري والعقد الزمني^(٢)

٦٤ - العقد الفوري : هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون تنفيذه فوراً ولو تراخي التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .
فيجب شيء يسلّم في الحال بثمن يدفع في الحال عقد فوري ، لأن عنصر الزمن هنا معدوم ، إذ أن كلا من المبيع والثمن يسلّم في الحال ، فهو عقد فوري التنفيذ .
وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضي لا تدخل له في تحديد الثمن (٣) . فالبيع بثمن مؤجل ر عند ما يبين وقت تنفيذه ، يكون فوري التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً . إذ الثمن الذي يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلاً إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية في العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ ، جزءاً جزءاً ، عند ما يبين وقت التنفيذ لكل جزء منه .
وقد يكون الأجل الذي يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختيارياً كما في الأمثلة

(١) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من القانون الثاني ، وقد جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للاجتماع بسبب الثمن . ويمكن حل ذلك على أن احتمال للكسب والخسارة في جانب أحد المتعاقدين يبعد عن أي تعامل مع هذا الاحتمال في جانب المتعاقد الآخر .

(٢) وجبنا في هذا الموضوع للمراسلة فية الدكتور عبد الحمى حجازي ، عنايتها نظرية عقد المدة - العقد المستمر والفوري التنفيذ . المصممة سنة ١٩٥٠ . وقد أثرت أن نسي «العقد الزمني» ما سله الدكتور عبد الحمى حجازي «عقد المدة» . ولا يزال العقد الزمني في مستهل تطوره الفقه . ومن الخير أن يترك لفقهاء حتى يستكمل تطوره ، فينتقل بعد ذلك للفقه . ويبينود للاجتماع إليه في أماكن أخرى متفرقة .

(٣) ولذا كان قد روعي في الثمن للأجل أن تصاف إليه القوائد عن المدة التي أجل فيها ، فإن الزمن في هذه الحالة لا يتدخل إلا في تحديد القوائد ، وهي في المادة نسبة مثلية من الثمن : أما في القوائد ذاتها ، فالزمن عنصر جوهري .

المفضلة ، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به المثل المفقود عليه ، فيكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ . مثل ذلك التجار يفتق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً ، ولكن هذا الزمن — وهو أجل إجبارى — لا يتحدد به محل العقد . والأجل الإجبارى هنا كالأجل الاختيارى هناك ، كلاهما عنصر عرضي لا يقاس به المفقود عليه . ويكون عقد الاستصناع في المثل الذي قلناه فوري التنفيذ عند ما يحين وقت تنفيذه ، أى بعد أن يتم صنع الدولاب .

ونبين بما تقدم أن العقد القورى يتحدد محله مستقلاً عن الزمن ، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ . لتحديد محل المفقود عليه . ذلك أن محل العقد القورى — أرضاً كان أو بناء أو حوضاً أو قنطرة أو غير ذلك — إنما يمتد في المكان لا في الزمان ، أى أن له جرمًا إذا هو قيس فإنما يقاس بجزء مكاني لا بمقياس زمانى ، أو هو — كما يقول الدكتور عبد الحمى حجازى في رسالته المعروفة — حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية . وإنما سمي بالعقد القورى ، ولم يسم بالعقد المكاني ، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي في إثبات المكان له ، بل في نفي الزمان عنه .

٦٥ — المقعر الزمنى : هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد . ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورهما إلا مقترنة بالزمن . فالمفضلة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه في نتيجته ، أى إلى الشيء الذى ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترنة بمدة معينة . ومن ثم فقد الإجماع عقد زمنى لأنه يقع على المفضلة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذى يحدد مقدار المفضلة المفقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤدها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار محل المفقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد في المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو في ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك

عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدته من الزمن . فمثل العقد هنا — وهو الشيء المعين الذي اتفق على توريده — يقاس في ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فبجلاء يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه في كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعقود عليه في عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعقود عليه في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر (*contrat à exécution continue*) وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذي تنفيذ دوري (*contrat à exécution périodique*) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد على الحياة .

٦٦ — أهمية هذا التقسيم : ترجع خصائص العقد الزمني إلى فكرة جوهرية

هي أن المعقود عليه فيه هو الزمن . والزمن إذا مضي لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن ، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحالة ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذي نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفوري فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ في جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب على هذا الفرق الجوهرى فيما بين العقد الزمنى والعقد الفورى نتائج هامة ، نذكر منها ما بأتى :

(١) الفسخ في العقد الفورى ينسحب أثره على الماضي ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ في العقد الزمنى فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته .

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد الفورى ، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمنى فوقف تنفيذه يترتب عليه التقص في كله وزوال جزء منه ، إذ تمحي آثاره في خلال المدة التي وقف تنفيذه فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد الفورى انتهاءه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

(٣) العقد الزمني تقابل فيه الالتزامات تقابلاً تاماً ، لا في الوجود فحسب بل أيضاً في التنفيذ ، فاتم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر . بقي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها . أما في العقد القوري ، فإن التقابل إذا كان تاماً في الوجود فهو غير تام في التنفيذ . بقي عقد البيع بشئ منقسم إذا تقابل المبيع والتمن من حيث الوجود ، فليس من الضروري أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشتري أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسرد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض في العقد القوري في أكثر الأحوال . أما في العقد الزمني فالإعذار ليس بضروري إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تدلركه لقوات الزمن ، فلا فائدة من الإعذار .

(٥) العقد الزمني لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، ويقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملاً ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود القورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً (١) .

(١) وهناك قسم العقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتي (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتي هو اتفاق بين شخصين لما مصلحة كل منهما ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليها ولا تجاوزها إلى غيرها . مثل ذلك عقد البيع ترى فيه تلمزاً بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري . والرابطة بينهما ذاتية ملصوقة عليها ، وهي لا تلجأ أن تزول في أهم متعلقاتها بانقضاء ملكية المبيع للمشتري . أما الاتفاق المنظم فكل التعرض من العقد الذاتي يوجد مركزاً قانونياً متجانساً (consensus institutionis) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هنا إلى أن الطرفين في الاتفاق المنظم لا تناقش بين مصالحهما وليس فيهما فائز ومدين ، بل هما غاية متحدة وغرض مشترك . مثل ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذي يسعون إليه من وراء اشتراكهم ، ولا تناقض فيما بين مصالح الشركاء . يتناول التنازع بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري في عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء . بل هو أيضاً يسرى على الغير الذي يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق الجماعي (contrat collectif du travail) وهو يرى إلى تنظيم القواعد التي تسرى على عقود العمل الفردية بين العامل =

٦٧ — ترتيب البحث في المقرة: الآن وقد فرغنا من التمهيد للكلام في العقد ، ننقل إلى البحث فيه . ورتب البحث على النحو الذي سار عليه القاتون المدني الجديد ، فتناول في فصول ثلاثة :

١ — أركان العقد .

٢ — آثار العقد .

٣ — انحلال العقد .

== ورب السبل ، فينظم بذلك حالة مستقرة تاجئة تسرى على من اشترك في العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الثاق والاختل المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الثاقية ما يوجد رابطة مستمرة غير ودية كمقد الإيجار ، فإتة يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمتأجر ، وهذه الرابطة قد يندى أثرها لدى غير المتصافدين كالشئى للجن المؤجرة . والزكاة ومى عقد ذاتى يندى أثرها مى أيضاً لدى الغير القدى يتسلل مع الوكيل . والعسكراء فى عقد العسكرة ، التى هى اختل منظم ، لم مصالح متلوضة ، لذ كل شريك يريد أن يسلى للعسكرة أقل حصة ممكنة ويغوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم يترك السبب فى أن يسمى العقد لدى عقد ذاتى واختل منظم ، وهو يسمى اجدهم الأستاذ ديميه فى الفقه الإداوى ، لم يسد فى الفقه المدنى .

الفصل الأول

أركان العقد

٦٨ - **مصر أركان العقد :** العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تنجبه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فالعقد إذن ركنان : التراضى والسبب (١) .

ولما المحل فهو ركن فى الالتزام لا فى العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير المتعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام المتعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعى استيفاءه للشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الجزء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

- ١ - التراضى .
- ٢ - المحل .
- ٣ - السبب .
- ٤ - البطلان .

الفرع الأول

التراضى

٦٩ - **وجود التراضى وصحته :** يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفى لوجود العقد ، فإنه لا يكفى

(١) ولقد يجب فى التراضى أن يكون فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية التى سبق ذكرها . فمن هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

لضحته، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحين
فتبحث إذن :

١ - وجود التراضي .

٢ - صحة التراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

٧٠ - التراضي هو تطابق إرادتين : نصت المادة ٨٩ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانقضاء العقد . (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة ١٣٥ منه على الوجه الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانقضاء العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قطع المشروع بإثبات مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانقضاء العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين » . وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد في وضع النهائي قد سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ؛ بل هو قد جعل الإرادة الباطنة الأصل ، ولم يسل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا انقضت استمرار التسلل هذا للدول . ولما تلى النص الذي نحن بسنده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة « فوق ذلك » ، فأصبح كما يأتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانقضاء العقد » . وقد أصبح ضهوماً بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانقضاء العقد لا يخفى من نطاق الإرادتين . ثم قدمت المادة بالنسبة الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانقضاء العقد » . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم ٩١ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة نوافقت اللجنة عليها كما هي بعد للثلاثة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (انظر في كل هذا مجموعة الأعمال الصورية ٢ ص ٨ - ص ١٢) .

فالتراضى إذن هو تطابق إرادتين (١) . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .

٧١ - **أركان المادة (أو العمل القانوني) :** والإرادة بهذا التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطوق يقضى بأن يكون بحث العقد داخلا ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتقلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استكنا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنين ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ - **اتجاه المادة لأحداث أثر قانوني :** وبمعناها وجود الإرادتين المقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويتربط على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معلوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون . ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انصلبت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني ، كما في الهجمات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقيات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

(١) ونرى بجمع مادة أن الإرادتين المتطابقتين متساويتان ولا تتمايزان : فيصدر الإيجاب أولاً ، ثم يليه القبول مطاباً له . ومع ذلك قد تتمايز الإرادتان المتطابقتان ، كما في الزمان على سبيل المثال ، إذ يدفع عدد من التراضين المتطابقين إلى براعتين بها في وقت واحد . وقد جاء في الفكرة الإيضاحية للمصروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وفي التالية الظنى من الأحوال يبدأ أحد المتضادين بالإيجاب ، ثم يتلو قبول المتضاد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاقي تمييزين تتمايزان عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن في الزمان على سبيل المثال » . (مجموعة الأعمال الصغيرة ص ١٠) .

كذلك لا يحد بإرادة المازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المطلقة على بعض الأشياء ولا بالإرادة المقررة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تنجها تماماً جديداً لإحداث أثر قانوني (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التصود بالرضا الصحيح هو كون التصرف ممزاً بمثل معنى التصرف ويقصده ، والفرض من كونه ممزاً بمثل معنى التصرف أن يكون مدركاً لمصلحة القدر والزماته فيه . أما كونه يقصده بالفرض من بيان ألا يحد من برادة حقة من قيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان للتصرف وقت تحرير العقد مريضاً مرضاً عصبياً أقضه الإرادة وانتهى بالانقطاع) (قضى مدني في ٨ مارس سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ ص ٣٢٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هذا الموضوع حذف في المشروع النهائي . فكانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « يكون التعبير عن الإرادة باطلاً إذا صدر من شخص وهو في حالة غيبوبة أو وهو مصاب باضطراب عقل ولو كان الاضطراب وقتاً ، بحيث يكون هذا الشخص قد تميز » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتحدد من هذا الحكم للمواجهة حالات الاضطراب البارز التي لا تكن فقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبع فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن في الغيبوبة والكبر والتخلف للتقليبي (أخطر الفئتين الأسفل تليفات ١ ص ١٠٣) . وغرق القانون الإنجليزي بين التصرفات التي تتعد بإرادة منفردة والعهود التي لا تم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقل والكسبياً لبطالان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى حالة هذا القانون في الحرس على استقرار المملات (جنكس م ٦٤ و ٦٩ - وولستون ١ ص ١١١) . ولا تليق للمادة ١٢٧ في لجنة المراجعة اقتراح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً بمجرد أن صاحبه قد أضر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تميز من فورهما أثر البحث في المقابلة بين مذهب الإرادة المطلقة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة المطلقة فأيهما يؤخذ ؟ أمضى المشروع بالمذهب الجرماني ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لخصائص الاتيان . وهو يصادف ، فضلاً عن ذلك ، سناً قويا في الفريعة الإسلامية ، إذ هي تستند اعتماداً بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بترعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهني المتعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يصد في الأخذ بها إخلال بتأمين المملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إبطال الذنب الذي اتبعه المشروع في الترويض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني (استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٨ ص ١٢٧) . ولا تليق للمادة ١٢٨ في لجنة المراجعة اقتراح حذفها لأن فيها إسناداً في الحق لا حاجة لنا به ، فوافقت اللجنة على ذلك .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٩ - ٢٠ في الملمس) .

٧٣ - كيف يتم التعاقد : والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذى قلناه ويتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك فى الاتفاق الابتدائى وفى العريون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الاتفاق الابتدائى والعريون .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٧٤ - تعبير الأصل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصل فى التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فتكلم : (أولاً) فى التعبير الصادر من الأصل ، و(ثانياً) فى التعبير الصادر من النائب ، أى النيابة فى التعاقد .

١ - التعبير الصادر من الأصل

٧٥ - الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها .
أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى يتخذ به العزم على شيء معين (١) .

(١) ويرى علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ويليهما عمل تنفيذى . فأول مرحلة هى اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلي ذلك مرحلة التدبر (délibration) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتى المرحلة الثالثة وهى لمضاء الزعزعة فى هذا الأمر والبت فيه ، وهذه هى الإرادة (volition) . فإذا انضمت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهى مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هى عمل خارجى ، أما المراحل الثلاث الأولى فهى مراحل داخلية قسبة : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هى الإرادة الصاعدة .

وتعبر علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شيء سابق ، ولا يتجس بالتحيز ، وهو شيء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة فى علم النفس لاتسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسى -

وما دامت الإرادة عملاً قسباً فإنه لا يعلم بهلن الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

٧٦ - التعبير الصريح والتعبير الضمني : نصت المادة ٩٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

١ - التعبير عن الإرادة يكون بالنطق وبالكلمة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يفتق الطرفان على أن يكون صريحاً (١) .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة - وهو مظهرها الخارجي وعصرها المادى المحسوس - يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمناً .

- وهو بطبيعته عمل متدرج يمر على مراحل متيزة بعضها عن بعض تميزاً فيه كل هذا الوضوح . ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر يمثل أحدهما مع الآخر فيضاعلان ، كقطرة تسقط في بحري ، فتتجرج بالاء ، فتؤثر فيه ، وتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لا يزن فيها الإنسان الأمر على هذا التحوالاتى ، فيستخلص أسباباً للأقدام على العمل وأخرى للاجتناب عنه ، فإن العمل النفسى أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً . فإذا ما انتهت للمرحلة الإرادة خيل لمن يتبع التطليل التقدم أن هناك قوة عقلية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكماً لا تعقب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما يتجهى إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنها ، وما هي إلا امتداد طبيعى لا أودع في الإنسان من تشكيله وتغييره وتعبيره .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٤) على الوجه الآتى :

١٥ - يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكلمة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يجوز ذلك أيضاً باتخاذ موقف يكون من شأنه تبيناً لظروف الأبدع شكاً فيما يقتضيه عليه هذا التعبير .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يفتق الطرفان على أن يكون صريحاً . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات تقنية أصبح بعدها مطابقاً للنص الولد في القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما تبليت المادة في لجنة المحامون للدنى بمجلس الشيوخ دلوت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجعت عن هذا الرأى في جلسة أخرى وأقرت بمادها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ م ١٤ وس ١٥ - س ١٩) .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذته - كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك - مظهرأ موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة ، وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالخطابة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أى شكل من أشكالها ، عرقية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقفاً عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكتابة أو بالآلة الطباعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلاً كانت أو صورة . وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكلمة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً ، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس توأضحت الناس على أن لها معنى خلاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول وحرها أفقياً أو حر الكف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لاتدع حروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، ففرض التاجر لبضائه على الجمهور مع بيان أمانها يعتبر إيجاباً صريحاً (١) . ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع ضوايح البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (٢) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيّاً إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء

(١) وقد كان للصروع التومسدي يشتمل على النص الآتي (١٣٤م من التصريح) :
١٥ - يجب عرض البضائع مع بيان ثمنها لإيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بمعرض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند التشك لإيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض . ٣ - فالنشر حذف هذا النص في لجنة الترجمة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ في المامش) .

(٢) وقد يكون انكوت تعبيراً صريحاً عن القبول كما سبق . (لارن حكما المحكمة لتفسير - المائرة للدنية - في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمره رقم ٤١٠ و ٧٦٠ ، وقد استطلعت المحكمة قبول النشر إليه قبولاً ضمنيّاً من سكوته عن الرد على ماقتضته الإنظار) .

ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعد بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود بيئها (١) ، وكذلك ينسب سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد اقتضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، وكذلك تجزئ بقاء العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وكالمير ملعب يعد لتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه (٢) .

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكتفى بوجه عام في التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً ، في شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه

(١) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول للموعد بالبيع عن الفراء من طلبه من الواعد أن يؤجره ألياً فاشترى العين للموعد بيئها (نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ ص ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجاباً ضامياً بلية من أن للورث فتح حساباً خاصاً في البنك لوليه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه ، وفالت في هذا الممد ما يأتي : « إذا كان كل ما لله الحكم لإثبات البلية أن للورث قد فتح حساباً خاصاً في البنك لوليه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخامس مع وجود حساب باسمه هو في ذات البنك ، فهذا الذي لله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بلية من للورث لأن نية البلية لا تفتقر ، وفضل الإيجاب ليس من شأنه بمجرد أن يفيد ما إذ هو محتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجع » . (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر — أى التعبير الذي يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة — والتعبير الضمني هو التعبير غير المباشر — أى التعبير الذي لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا ترى أن هناك فرة محسوسة بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف في التعبير هو التعبير المباشر ، والأسلوب غير المألوف في التعبير هو التعبير غير المباشر . ولما هذا تنبيه المذكرة الإيضاحية للمعروف التمهيدى إذ يقول : « وراعى أن الفارق النسب بين هذين للبارين ضئيل لأن لم يكن محسوساً . فالأسلوب المألوف في التعبير عن الإرادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس في الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شيء فقد أثر المشروع ألا يخلص في المسألة بين تعريض ، تاركاً أمر البحث عن الميار السليم لاجتهاد الققه والقضاء » . (مجموعة الأعمال الضمنية ٢ ص ١٥) .

الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتصير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التصير هنا . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التصير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفى بالتصير الضمني . وهي أحوال يراد فيها عادة تنبيه المعاهد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيها هو مقدم عليه ، فلا يرم الأمر إلا بعد التروي وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكليات المذهبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذي ينص عليه المشرع حجية للدقاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا في إحدى حالتين ، أن يذكر للمدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) ، وبائع التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبراعة ذمة المستأجر الأصلي نحو المؤجر إذا صدر من هنا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م ٥٩٧) (١) . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التصير عن الإرادة شكلاً خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكاتبة أو بكتابة رسمية ، وفي هذه الأحوال يتخذ الاتفاق فلا يوجد التصير إلا في الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (٢) .

وكل ما قلنا من التصير الصريح والتصير الضمني كان معمولاً به قضاء دون نص في ظل القانون القديم (٣) .

(١) وقد لا يصل المبرع إلى حد أن يطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يطلب مثلاً أملاً خاصاً (أنظر م ٣٠٩ وم ٤٤٥ وم ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لافتراض (أنظر م ٢٧٩ وم ٣٥٤ وم ٣٦٠) ، أو يستوجب أن يكون تصرف الإرادة تعبيراً ضيقاً (أنظر م ٥٥٥) . وفي جميع هذه الأحوال لا يشترط التصير الصريح ، ولكن يجب المحيطة والتشدد في استخلاص التصير الضمني .

(٢) أنظر آخراً فقرة ٤٨ في الخامس .

(٣) وقد جرى القضاء الصريح على الاعتماد بالتصير الضمني من الإرادة كما يمتد بالتصير الصريح (استئناف مخطط في ١٢ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ - وفي ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . وذهب كذلك إلى أن سلكاً حياً أو غرباً من ضروب التصرف قد يعتبر إصاحاً من الإرادة (استئناف مخطط في ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١) .

٧٧- الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (*) - تمهيد: إذا لم نختلف

الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فبيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادام الإثنان متطابقين . أما إذا اختلفتا - كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلى بطريق التأثير على بيان مطبوع فإذا به يؤثر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكن نظرية حديث كان للألمان الضلع الأكبر فيها . تأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد كما اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظريتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

٧٨ - نظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) : وهي تبحث عن

الإرادة فيما تنطوى عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذلك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الحزم ، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة .

(*) بنى المرجع الرئيسية : سأل في الإعلان عن الإرادة - بـسكاز تسكلا بوردو

جزء ٢ - ديموج في الالتزامات جزء أول - بـلاتيول وريبير وإسبان جزء أول - ديريه (Dereux) رسالة في تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، واسطر أيضاً مقالاً له في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ - مقال الأستاذ ميال (Meysnier) في الإعلان عن الإرادة في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ - ص ٥٧٣ - مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيليمو دى بيران (Guillaume de Béziers) في الإعلان عن الإرادة في القانون الإدارى الفرنسى في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ - ص ٥٨٦ - نظرية العقد للمؤلف ص ١٥٠ وما بعدها - أصول الالتزامات للدكتور سلمى بيجت بدوى بك ص ٨٢ وما بعدها - نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو سبيت بك ص ٧٠ وما بعدها .

ولكنها - حقيقة أو مفترضة - هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة :
الإرادة الحرة المختارة في معناها الحقيقي ، غير متأثرة لا بنش
ولا بإكراه ولا بنلط .

٧٩ - نظرية الإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration

de volonté) : في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث
قهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا
من بحثهم إلى أن هذه الإرادة الضمنية لا يجوز أن يكون لها أثر في
القانون . فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثرها هي
الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنونها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ
الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبارة بهذا الإفصاح ، إذ
هو الشيء المادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ،
دون حاجة إلى تحسس ما تنطوى عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة
اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسى .
فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم في المظهر
المادى لها ، وهو ما يستطاع إدراكه . وفي هذا استقرار التعامل ، وطمأنينة
لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من
طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقده معه كان ينطوى
على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذى اختاره للتصير عن هذه
النية (١) .

(١) وقد تأثر القانون الألماني بالنظرية الألمانية ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة .
وطبق القانون الإنجليزي هذه النظرية في كثير من الفروض (أنظر جنكس م ٧٧ : إذا استعمل
شخص طرقة لتعبير عن إرادته بحيث يكون من الطول تبعاً لظروف أن يفهم منها متى معين ،
فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً بسلام مع
هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوك في القد طبعة تاسعة م ٥ - م ٦ - وولت في القد
جزء أول فقرة ٩٤) .

أما الفريسة الإسلامية فلو أن القاعده فيها أن العبرة بالمادى أى بالإرادة الحقيقية للمتألفين،
إلا أن القهاء في كثير من الفروض يفتون عند المادى الظاهرة من الألفاظ التي استعملها
المتألفان ، فلا يصدقونها إلى المادى السكينة في السررة . ولعل هذا يفسر تعجيلهم الدقيق
لبعض البيانات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تضمنته هذه البيانات من المادى ، =

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ،
فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً
صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً
من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل قسوى ، بل
تبرز إلى العالم المادى في علامة ظاهرة ، هي التى تقف عندها ، وتقدر
الإرادة بقلرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها -
دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق
مع الإرادة الداخلية - ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة
الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى
هو العنصر الأسمى للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لابد من اعتباره
دليلاً على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع
لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهره ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذى
اختاره لإرادته (١) .

== وما يستتبع اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هذا منهم قرأنا استساكاً باللفظ ،
بل هو تطلب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هنا لى أن هناك ثلاثاً جدياً ومزجاً
جد ، أى أن الإرادة الظاهرة تطلب فيها حتماً على الإرادة الباطنة ، وهى الزواج والطلاق
والطلاق (التلويح والتوضيح جزء ٢٠ ص ٧٨٧ - ص ٧٨٩) .

(١) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا ينظرون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم
يعتقدون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كائنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة
على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحتل أثرها القانونى (*volonté de*
declarer . فمن يبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها
الخارجى فى الكتابة لتحتل أثرها القانونى إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو فى
الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يعلم الزوجة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصدرها . ويرتب
على ذلك أن أفعال المقبل أو المجهون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً يتد بقى التعبير عن الإرادة ،
لأن إرادة المقبل أو المجهون مدعومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر
الخارجى لتحتل أثرها القانونى (انظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من المصروع التمهيدى وقد مر
ذكرها . وانظر فى هذا للمى فون تور Von Turb ص ١٣٢ - سالى فى إعلان الإرادة
ص ٢ - رسالة الدكتور الشقى القديمة لمعهد القانون الفرنسى بباريس وتكون القصد
وتفسيره فى القانون الفرنسى الجديد ص ٦٤ هامش رقم ٣) .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا
كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهى موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، =

٨٠ - موقف القانون الجديد : ولقد سبق القول إن القانون الجديد اعترف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يحدد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل ترحح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل . على أنه لم يبلغ مبلغ القانون الألماني في اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن القانون الألماني قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ، فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

٨١ - متى ينتج التصيير عن الوسادة أثره : والتصيير عن الإرادة - سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقتضيه به المادة ٩١ من القانون المدني الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : وينتج

= بأن وجهتنا إلى الخضر آخر يحمل اسم الشخص المصود (فون تور Von Turb) من ١٣٦ - رسالة الدكتور الشيخ المشار إليها من ٨٤ فقرة ٧٥ .

هنا والنتائج السلبية للتمييز بين مبادئ الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة عمودة ، وهي لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وهذا يصطلح إثبات ذلك . وفي الأحوال الغالبة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب البعثان من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك الظاهر الخارجي المطلق دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق في التصويض ، على أساس السلبية التصيرية ، لمن أطمأن لهذا الظاهر حماية لثقة المعروعة .

ومما يمكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين البعثين لا يجوز إغفاله . ففكرة الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما فكرة الإرادة الباطنة فتتفرق إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة قسبة . وهذا الفرق يرتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تقييد البعث إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يحسم الإرادة الداخلية فيما تحته سريرة المتعاقدين ، بل هو يجب عند الظاهر الخارجي تقييد من الإرادة ، فيفسره قسباً اجتماعياً لا قسباً ، مستمداً في ذلك إلى الفرق الجوهري وإلى المؤلف في التصلل . (٢) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تقييد البعث تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النفس ما دام الفرض ليس هو تقييد نية المتعاقدين بل تقييد من البعث ، فيكون حكم ذلك حكم تقييد من القانون . أما إذا كان التقييد يوجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأهم - وستتناول هذه المسألة بتفصيل أدنى عند الكلام في تقييد البعث .

التصير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يفصل فيه بطل من وجه إليه ، ويحيز وصول التصير قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك (١) ، ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التصير وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً . فالتصير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . العبرة في التصير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٥) على الوجه الآتي :
١ - ينتج التصير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتسكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التصير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التصير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه . ٢ - إذا وصل عدول بعد وصول التصير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التصير عن الإرادة أو في الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يخطر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا تهاوت في الإخلال اعتبر وصول العدول في وقت غير متأخر . ولا تلحق النص في لجنة للرجعة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعاً لأنها تكرر حكماً تفصيلياً لا يحسن أن يكرر نصاً تعريضياً ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت اللجنة الباقي من المادة ، واستقر الرأي على أن التصير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم ، ولكن لا كان العلم أمراً متصرفاً بالإيجاب فيصن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر احتياطاً ، على أن تكون هذه القرينة قابلة لإببات العكس ، والطرف الذي وجه إليه التصير عن الإرادة هو الذي يتصل به إيجاب العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائي) كما يأتي : « ينتج التصير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه بطل من وجه إليه ، ويحيز وصول التصير قرينة على العلم به إلا أن يعلم الدليل على عكس ذلك » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، قرأت الأغلبية حلفها ، ثم أضافت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٩ - ص ٢٨) .

ونذكر هنا أن القانون المدني السوري الجديد الذي صدر بعد القانون المدني المصري الجديد بزمان قليل - وعين لغايته تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لنفاذ القانون المصري نفسه - سار على نهج القانون المصري في التالية النظم من تصوره وأحكامه . ومن الفروق العائدة ما بين القانونين أن القانون السوري لم يتخل عن القانون المصري نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التصير عن الإرادة لا يتأخر إنتاجه لأثره إلى الوقت الذي يصل فيه بطل من وجه إليه . ويمرر هذا التصير أنه جعل الصلابة فيما بين القانونين يتم في المكان الذي صدر فيه القول (م ٩٤ من القانون السوري) لا في المكان الذي علم فيه الوجوب بالقول (م ٩٧ من القانون المصري) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في المادة ما بين القانونين .

القانونية للتصير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التصير لأثره (efficacia) .
فإذا كان التصير عن الإرادة إيجاباً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى
علم المتعاقدين الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب . ومنى وصل إلى علمه أنتج
أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول
عنه ، وكان قبل العلم أى قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول . ولكن هذا
ليس معناه أن الإيجاب الذى أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه ،
هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذى لا يجوز العدول
عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب
ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتى الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول
لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى ، أما الرجوع فلا
يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا
كان ملزماً فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التصير عن
الإرادة قبولاً مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب
به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج
أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا
يمّ به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هى نظرية العلم
الذى سترأها فى المتعاقدين بين الثائنين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوى عليه من
خفاء ، فقضت بأن وصول التصير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن
الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة
القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التصير أن يثبت أنه لم يعلم به
بالرغم من وصوله ، وهو الذى يحمل عبء الإثبات (١) .

(١) لم تورد للذكر الإيضاحية المادة ١٢٥ من المرسوم التمهيدى (وهى التابعة للمادة
٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذى يتناهى فى الفن . فهى قد بنت إنتاج التصير لأثره
عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، قبل العلم يكون
الإيجاب موجوداً وجوباً فعلياً ووجوداً قانونياً . ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ،
وبعد هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يتفق مع المرسوم
التمهيدى الذى جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من هذا المرسوم) . وهذا ماورد فى المذكرة
الإيضاحية فى صدر المادة ١٢٥ من المرسوم التمهيدى : «تناولنا هذه المادة تعييناً لوقت العلم»

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه مفترداً ، إذ جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

٨٢ - الموت وفقر الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :
وقد قلنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعل من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي ، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا بفقد أهليته . وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبا وتموت بموته وتزول بفقد أهليته . وإذا اعتبر القانون الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تنص به المادة ٩٢ من القانون الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من

= يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملاً قانونياً فاعلاً لا يتأثر بوجوده بوقته من صدره أو بفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لمسكه وتوفر صفة الزوم له نخباً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذي يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ - ص ٢٠) .

ولما كان الشروع النهائي ، ومنه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، فذهب المادة ١٢٩ من الشروع التمهيدي ، كان من الواجب أن يشل تعديل في الاعتبارات التي من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط في المتن .

نرتب هنا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين
العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (١) .

وقد كان القضاء المصري في ظل القانون القديم يجرى على أن موت صاحب
الإرادة أوقفه لأهليه قبل أن تنتج الإرادة أثرها ينتج سقوط الإرادة (٢) .
ويرجع هنا في رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال
الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كاملة في النفس تموت
بموت صاحبها وتزول بفقدان أهليه . ولا شك في أن حكم القانون الجديد

(١) تاريخ النس : ورد هنا النص في المادة ١٢٦ من المرسوم التمهيدي على الوجه الآتي:
« لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صفة من وجه إليه هذا التعبير قد
مات أو فقد أهليه ، ما لم يتبين العكس من لائحة الطرفين أو من طبيعة التعامل » . ولا
عرض النص على لجنة الراجعة فدرت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط
إذا مات صاحبه أو فقد أهليه قبل العلم به . وبعد المناقشة جمل هذا الحكم مقصوراً على
موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليه . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على
الوجه التالي استقر في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ في المرسوم النهائي .
ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة
القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء في تقريرها ما يأتي : « اقترح
الاستعانة من المادة ٩٢ بالنسب الآتي : « ينفي التعبير عن الإرادة بموت صاحب أو فقد
أهليه قبل أن يصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المرسوم في هذه المسألة يخالف المشرع
والألف في مصر وفرنسا ، ولأنه قد ينضى إلى الإضرار بورثة التوفيق أو فاقد الأهلية ، إذ
قد لا ييسر الورثة أو محمل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بصرفات من عبر عن الإرادة .
ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح
لا يجوز إعادتها بسبب حادث ظاهري . هو موت من صفة من هذا التعبير أو فقد أهليه ،
ولا يبق بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على ألفاظ » . ولكن اللجنة راعت أن هذا
لألفاظ لا يستند إلى أساس ظاهري أو منطقي سليم ، بل واقع واللتق يقضيان بالاعتراف بالتعبير
عن الإرادة بكيان ذاتي ، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستمرار الحملات وحماية المصالح » .
وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التوضيحية
٢ ص ٢٩ - ص ٣٥) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحالة ٤ ص ٤٤٩ -
محكمة طنطا في ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ ص ٣٠٥ - وكانت اللادتان
٧٢/٥٠ من القانون القديم تطلقان هذا المعنى في عقد المبة فتضمنان على ما يأتي : « تبطل المبة
بموت الزاوي أو بفقد أهليه لتصرف قبل قبول الموعود له » .

ويبدو أن القانون السوري الجديد - وقد سقت الإشارة إليه - اختار منضمب
القانون المدني القديم ، فلم يقل عن القانون المدني الجديد نص المادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن
يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليه .

في هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يمرض عليه صفقة ، قبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد في هذه الحالة يتم وفقاً للقانون الجديد ، وكان لا يتم في ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بأن العقد هو الذي يتفق مع استقرار التعامل ، فإن الموجب لا يأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤنه على هذا الاعتبار (١) . ويجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القيم في حالة نقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التي تلزم بها الورثة بقود مورثهم (٢) . وغنى عن البيان أن العقد لا يتم في المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب - وبأن هذا القصد في إيجابه صراحة أو ضمناً - أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات ، أو كان الأمر المقود عليه تستصحب طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً ، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل (٣) .

(١) هنا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر في المصروع التيمى ، لأمكن القول أيضاً بأن العقد في القرض الآتي : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يمرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فهل الصفقة .

والسبب في أن الصفقة لا تتم في هذا القرض إذا لم تعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن الزامية البقاء على إيجابه ينتقل للورثة . فإذا وصلهم القبول أتمموا . وعلم هذا الأساس الأخير سارت للذكر الإيضاحية للمصروع التيمى إذ كان الإيجاب ملزماً في هذا المصروع .

(٢) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعي . طوأن القابل مات أو فقد أهليته قبل تخاذ القانون الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو بفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل تخاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد تخاذ ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقاً للقانون الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immédiat) .

(٣) وقد سارت للذكر الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المصروع التيمى (وهي التي قابلت للمادة ٩٧ من القانون الجديد) على الأساس الذي سارت عليه في المادة السابقة ، واعتبرت أن عدم سقوط التيمى للموت أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منطقية لكونه لإيجاب ملزماً ، فودد =

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا قد أحلته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد (١) .

== في هذا الصدد ما يأتي : « يقضى النص بأن التصير عن الإرادة لا يسلط بموت من صدرت أو بقصد أحليه . وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية لزوم التصير عن الإرادة . فالأولم بالإيجاب على التصير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، ينزل قانوناً بعد الموت أو قد أحلته ، معاً في ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التصير عن الإرادة إيجاباً وقد للوجب أحليه قبل صدور القبول ، وجه القبول بعبارة إلى تأخيره لا إلى شخصه » .

وهذا التحليل إذا سلح في قانون يجبر الإيجاب ملزماً بوجه عام كما كان الأمر في المصروع التيمى ، فهو لا يصلح تحليلاً في قانون لا يجبر الإيجاب ملزماً إلا في حالات خاصة . على أن للذكر الإضاحية سارت إلى مدى أبعد في حرر عدم سقوط التصير بالموت أو قد أحلته حتى لو لم يكن التصير ملزماً ، إذ قالت : « وجود التصير ، حتى قبل أن يصبح لازماً ، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو بقصد أحليه ... » وغنى عن البيان أن حق المصروع ينقل إلى ورثة النص أو منتهى إذا حدث الوفاة أو طرأ قد أحلته قبل وصول التصير . وهذه الفقرة من للذكر الإضاحية تصلح تحليلاً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع في الإيجاب ينقل هو أيضاً إلى ورثة النص أو منتهى إذا حدث الوفاة أو طرأ قد أحلته بعد وصول التصير ، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها الإيجاب ملزماً .

(أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٢١) .

(١) وكان المصروع التيمى (م ١٢٦) يجرى غير ذلك ، على الوجه الذى يتنه فيها عدم . ولكن المصروع النهائي عدل النص على الوجه الذى رأيناه في القانون الجديد كما أسلفنا القول . وقد كان القانون القديم يستثنى عقد المبة من البعأ المطلق بأن موت من وجه إليه التصير أو قد أحلته يسلط التصير ، فكانت للدلائل ٧٢/٥١ من هذا القانون تتصان على أنه « يوجب أن يحصل قبول المبتس ورثة للموعد له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة المبة لمن ليس أهلاً للقبول يصبح قبولها من يقوم مقامه » . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل في القانون الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائى إذ لانس عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين البعأين الذين أخذ بهما القانون الجديد . فهو من جهة قرر أن التصير عن الإرادة لا يسلط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التصير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكن من هذين البعأين نلاحظه النص . وترتب على الجمع بينهما ما يأتي : (١) إذا سعى تصير من للوجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التصير يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يجل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل هو أيضاً إلى علم اللوجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بغير قبوله قانوناً ، ومن وصل إلى علم اللوجب تم العقد . لكن إذا مات اللوجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

٢ - النيابة في التعاقد (*)

(التعير الصادر من النائب)

٨٣ - تمهيد : التعير الصادر من النائب - من حيث إنه تعير عن الإرادة - يخضع لجميع القواعد التي أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمنياً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب أو فقده لأهليته ، كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو - من حيث إنه تعير يصدر من النائب لا من الأصل - يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو (١) .

● بنى الراجح الرئيسية : ديموج في الالتزامات ص ٨٩ - ص ١٥٥ - بلانوي وريير وإسمان ص ٥٤ - ص ٦٧ - يلون (Pilon) رسالة من كان (Cass) سنة ١٨٩٨ - أودينو (Audinot) في النيابة المعاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - كوريسكو (Corbucci) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - رولاند (Roland) رسالة من لييج سنة ١٩٢٧ - بوبسكو رامنسيانو (Pobesco Ramnionano) رسالة في النيابة في القانون القانون سنة ١٩٢٧ - كلارز (Clariss) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة جمعية التشريع القانون سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها - الترجمة الفرنسية للقانون الألماني الجزء الأول ص ٢٠١ - ص ٢٤٢ - نظرية العقد فلورف ص ٢٠٦ وما بعدها - الدكتور على بهجت بدوي بك ص ٧٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حننت أبو ستيت بك ص ٩١ وما بعدها .

(١) إذا كانت النيابة تدعو في القانون الحديث ظاهراً منطقياً مقولاً ، فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستص على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا تدريجاً وفي حدود معينة .

كان القانون الروماني يتعرف من قديم بنباية الابن والبيد عن رب الأسرة ، ولكن في جبهه فائتاً لا مديناً . ثم أخذ يتعرف بنبائيتها في جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ، ولكن في حدود معينة . أما غير الابن والبيد فلم يكن لها أن يتوب عن غيره من لا يخضع لسلطته لا دائماً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استثناء دعواه الأصلية قبل الوكيل ، فلم يكن النائب وكيلاً بحكم القانون كالوصي والغير ، فقد كان يعمل دعواً لدعوى الغير ، وفي

والنيابة - بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها - تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق ، كما في الولي والوصي والقيم والسنديك والمحارس القضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق المدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا في عقد الوكالة (١) .

والفكرة الجديدة التي اهتمت إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما يعمل لإرادته هو عمل لإرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتضمن شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويمبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ،

== هذه الفكرة كان النير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يولى للوكيل دعوى قبل النير ، أي أن يصبح الشخص داتاً بوكيل ، فهذا ما لم يتم في القانون الروماني إلا في حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وفي الوكيل هو الذي للنير ، ويؤدي بعد ذلك حساباً للوكيل فيكون مديناً له (أنظر جيرار من ٦٧٨ ، ص ٦٩٠ - وانظر في القانون الفرنسي القديم برسو (Brissaud) من ١٤٤٢ وما بعدها) .

وفي العروة الإسلامية اختفت المفاهيم في هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى للوكيل ، أما حقوق العقد فتزج إلى الوكيل ، وهو في هذا قريب من القانون الروماني على النحو الذي تقدم . والثاني يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو في هذا يرضى مع القانون الحديث (أنظر الباعث ٦ من ٣٣ - ٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يرضى على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما في الولي ، فإن القانون هو الذي يبين الأولياء . وتكون قضائية كما في الوصي والقيم والمحارس القضائي ، فإن جهة قضائية هي التي تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما في الوكيل ، فإن العقد هو الذي يبينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذي يرضى صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولي والفضولي والدائن نيابة قانونية بالمتعين مطلقاً . وتكون نيابة كل من الوصي والقيم والمحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثاني .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على تعيين حتماً من المشروع النهائي لوضوح حكمها . فكانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « يجوز التنازل بالإمالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . وكانت المادة ١٥٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١٥ - النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ - يحدد التوضيح الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذي يحدد تلك السلطة . (أنظر في هذا وفي المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المضمونين مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٩٠ - ٩١) .

وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصل لا عن إرادته هو (١). والخصوصية في التعبير الذى يصدر من النائب مترجماً عن إرادته

(١) وهذا هو الفرق ما بين النائب والرسول كما سترى ، فالنائب يبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، أما الرسول فيبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإننا نلقى النائب تعليمات محددة من الأصل ، كان رسولا في حدود هذه التعليمات ونائباً فيخارج هذه الحدود (أنظر في هذا المعنى بلاتيل وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧) .

وينسب الدكتور على وجه بدوى إلى وجوب التمييز بين النيابة الأخلاقية والنيابة القانونية . ففي الأولى تنتفك إرادة الأصل والنائب في إضفاء القد ، ونتيجة لهذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بغير مساهمتها في إضفاء القد . أما في النيابة القانونية فالقد ينسب لإرادة النائب وحده ، ولكن أثر القد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصل (الدكتور على وجه بدوى ص ٧٩ - ٨٠ - وأنظر في النظريات المختلفة التى تحول باشتراك إرادتى النائب والأصل في إبرام القد مجموع ١ ص ١٤٧ - ١٥٠) .

وأنظر أيضاً في النظريات المختلفة في طبيعة النيابة ، وهل النائب يغمس شخص الأصل عن طريق الافتراض القانونى (fiction) كما هو الرأى القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسولا كما يقول ساقى ، أو أن إرادة النائب تحمل على إرادة الأصل كما يقول إهرنج ، أو أن إرادته تنتفك مع إرادة الأصل كما يقول ميتنيس (Mittain) ، إلى رسالة حديثة في النيابة والقدور التى تقوم به في إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Clariez) ليل سنة ١٩٤٩ ص ١٤٧ - ص ١٦٥ . وينسب الدكتور كلاريز صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصل ، هى التى تمدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما التى يملئ الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وضمه الأصل فهى إرادة الأصل في النيابة الأخلاقية والقانون ذاتة في النيابة القانونية (أنظر الرسالة المقدمة هذكر ص ١٦٧ - ١٧٨) . وأنظر في رأى للأستاذ بولانجييه (Boulangier) ينسب إلى أن إرادة النائب تنتفك مع إرادة الأصل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة ، أما إذا كان مصدرها القانون أو القضاء فإرادة النائب تحمل على إرادة الأصل ، إلى المقدمة التى وضعها الأستاذ بولانجييه لرسالة المذكورة .

وينسب الدكتور كلاريز في رسالته (ص ١٢٧ - ص ١٤٠ و ص ٢٢٣) إلى جولز أن تكون النيابة في عمل مادى (fait matériel) لا في عمل قانونى (acte juridique) ، ويضرب مثلا ذلك نيابة التابع عن المتبوع فيما يرتكب الأول من خطأ يبال عنه التابع ، فالتبوع في هذه الحالة يكون مسؤولاً عن تايه لأن هذا يعتبر ناتجاً عنه لا في الأعمال القانونية لغس بل وفي الأعمال المادية (أنظر في هذا المعنى شيرون (Chiaroni) في المشولية اللاعقدية جزء أول فقرة ١٥٦ وما بعدها - ملزو جزء أول فقرة ٩٣٤ وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة في الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، أو نيابة في المصلحة كنيابة الولي عن الصغير ، أو نيابة في السل كنيابة التابع عن المتبوع ونيابة الفضولي عن رب السل إذا كان السل الذى ظم به الفضول عملاً مادياً .

هو أن هذا التعبير ينتج أثره لافى شخص صاحبه كما هو الحال فى كل تغيير من الإرادة ، بل فى شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرف العقد فتحل إرادته محل إرادتهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو فى الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة تفرد بها بالذكر .

فتتكمّل إذن فى مسائل ثلاث : (١) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

١ - شروط تحقق النيابة

٨٤ - مصر هذه الشروط : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولاً) أن محل لإرادة النائب محل لإرادة الأصيل .

(ثانياً) وأن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول - محل إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

٨٥ - النائب والرسول : تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته

هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messenger).

وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . فى الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس

واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التى تلحق هذه الإرادة . أما فى الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ،

والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح

أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر فى عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى

إرادة المرسل .

٨٦ - العبرة بإرادة النائب وبغيره : ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة

لا تكفى لتحقيق النيابة ، بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصل لم يشها عيب من هذه العيوب . كذلك يستد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة العقد حتى لو وقعا من الغير فأولى أن يؤثرا في صحة العقد إذا وقعا من الأصل . (٢) أن حسن النية وسوفا يتلمان عند النائب لا عند الأصل ، وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة . أما إذا كان النائب سوء النية وتواطأ مع المدين المعسر ، فللدائنين الطعن في التصرف حتى لو كان الأصل حسن النية .

وقد ينظر في بعض القروض إلى نية الأصل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصل . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، فلا يجوز في هذه الحالة الموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ونرى أن هذا القدر في اعتبار نية الأصل كاف في تعيين الدور الذي يقوم به كل من الأصل والنائب في إبرام العقد . فالأصل أن العقد يتخذ بإرادة النائب لا بإرادة الأصل ، على أن إرادة الأصل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول (١) .

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص في المادة ١٠٤ على ما يأتي :

(١) قانون دمج ١٤٧ - فقرة ١٥٠ ، والدكتور حلى بهجت بدوى ص ٧٩
- ص ٨٠ ، والدكتور أحمد حشمت أبو سبت ص ٩٣ - ص ٩٤ .

١٥ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً .

٢٥ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها (١) .

ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقه في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « يكون شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب في الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها » . ولا عرس على لجنة الدراسة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح في بعض الأحوال بأن يجد لإرادة الأصل لدى جانب لإرادة النائب ، وقد تمت المادة في المشروع التام تحت رقم ١٠٧ بالنسبة الآتى : ١٥ - إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . ٢٥ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه في تحريرها ما يأتى : « عدلت البقرة الأخيرة في الفقرة الأولى فأستعفى عن التعبير « بوجوب العلم بها » بالتعبير « افتراض العلم بها حتماً » ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت البقرة الأخيرة من الفقرة الثانية بتدليس مع ما تحرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى . وأصبح رقم المادة ١٠٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات لنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فإذ كانت لإرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلائمها من ظروف ، فيجب أن ينطأ الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وسدما دون إرادة الأصل . وعلى هذا النحو يكون للموكل أن يخلق لإرادة النائب أثرها في التعاقد . فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تهليل ، كان العقد باطلاً للجللان لمصلحة الأصل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية لتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصل ، وعلى ذلك يجوز أن يطن بالدعوى البوليمية في بيع صادر من مدين مصر توطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصل ظل بمنزلة عن هذا التواطؤ . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٩٠ - ٩٤) .

مصر كانا يعملان دون نص بمقتضى هذه الأحكام (١) .

٨٧ - أما الأهلية فينظر فيها لموصيل: ولا يؤخذ من أن النائب إنما

يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذى يشره نيابة عن الأصل . ذلك لأن العقد إذا كان يتخذ بإرادة النائب فإنه ينتج أثره فى شخص الأصل ، فالأصل لا النائب هو الذى يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد (٢) .

وإذا كانت الأهلية تشترط فى الأصل ، فهي لا تشترط فى النائب كما قلنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه فى بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف (٣) . ولكن النائب يجب أن يكون أهلاً لأن تصد منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة ، فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة (٤) .

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون فى هذا النوع من النيابة

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧٢ م ٢٧٧ - نظرية العقد للؤلؤة ص ٢٠٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ م ١٦١ . والبررة فى نوافر الأهلية فى الأصل بالوقت الذى يشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل ، وكان أهلاً له وقت مباشرة الوكيل للعقد ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للمجهور عليه أن يكون وكيلاً عن الغير ، ولا تنتهز فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ م ١٤٨) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل المفسر أن يطل عقد الوكالة ، فإن نيابة المستفد من هذا العقد تبطل بطلان العقد ، ويصح أن يتقلب إلى فضول إذا توافرت شروط الضالة . هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد توافر الأهلية فى الأصل دون النائب ، ما يأتى : «وعلى تقيس ما تقدم منه فى الحكم على الأهلية بشخص الأصل دون النائب . فإذا كان الأصل أهلاً لتساقط بالأهلية ، صح نقاد النائب عنه ولو لم يكن صفات النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة فى الصورة الأخيرة وكالة ، فادام النائب غير أهل لندعما ، كان عقد الوكالة وحده قابلاً للإبطال » . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢٧ م ٩٢) .

هو الذى أضفى على النائب صفته ، وهو الذى يعين أهليه وأهلية الأصيل .
فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً - مميزاً أو غير مميز - كما يجوز أن يطلب من
النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا في الوصاية والقوامة .

الشرط الثانى - استكمال النائب إمارة في الحدود المرسومة للنياية :

٨٨ - مجاوزة النائب لحدود نيابته : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته
هو لاعتبار إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة في حدود نيابته ، وهي
الحدود التى عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة
ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذى
تعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت
لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد في حدود نيابته .
مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كمكمله التأمين
ومديرى الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذى قام به يدخل
عادة في حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة في يد
النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذى انتهت نيابته مطمئناً إلى
هذا السند (١) .

(١) وكان المرسوم التمهيدي يشتمل على نص يحول الغير أن يطلب من النائب صورة من
سند نيابته ، فكانت المادة ١٥٨ فقرة ثانية من هذا المشروع تنص على ما يأتي : «ولن يتناقله
مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعد مكتوب فله أن يحصل منه
على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه » . وفى هذا النص في المشروع التالى وفى المرسوم
الذى وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت هذه
اللجنة حذفه ، «لذا عرض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرقياً ،
فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لاسيما
أن هذه المادة مقابلها فى القانون الحالى وهي المادة ٥١٨ مدنى - وكانت المادةان ١٨/٥١٨
من القانون القديم تحضيان بالحق لمن يحمل الوكيل في أن يطلب منه صورة رسمية من سند
الوكيل - ولا تبين من الناقصة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذى يتناقل مع
نائب عن الغير ترضى عليه الظروف بالاحتياط والمحكمة في مملكته ، فقد يكنى بسند عرقى ،
وقد مصر على طلب سند رسمى ، وقد بصرف النظر عن هذا وذلك ، فالرجح في هذا الخصوص
لدى رغبة المتناقل مع النائب عن الغير . وجاء في تقرير اللجنة : «حذفت الفقرة الثانية من
منها المادة لأنها تناول مسألة محلية تخصيلية ، في القواعد العامة ما ينشأ عن النص عليها . ووافق =

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (لؤلها)
هو الخصاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقده معه يجهلان هذا
الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه وإذا كان النائب ومن تعاقده معه
يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان
أو التزاماً ، يضاف إلى الأصل أو خلفائه (١) . مثل ذلك أن يعزل الأصل
النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصل دون أن يعلم النائب
بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت
الأصل . (النص الثاني) ورد في عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على
ما يأتي : « ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار
الموكل سلفاً وكانت الظروف يوجب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق

= مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ،
ص ٩٥ - ٩٧) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لنس المحفوظ ما يأتي : « فإذا احتفظ النائب بسند نيابته
بعد انقضاءها ، كان لمن تعاقده به بناء على قوته في هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويتولى
في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة .
وقد روعي في تحرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصل في عدم سحب السند من
يملكه بعد انقضاء النيابة مباشرة » . (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ١٠٢ - ١٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، إذا كان أو التزاماً ، ينصرف
إلى الأصل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذي تعاقده معه
النائب يجهل هو أيضاً أن النيابة قد انقضت » . ولا عرضت المادة على لجنة المراجعة أقربها
بعد أن أبدت عبارة « ينصرف إلى الأصل » بعبارة « يضاف إلى الأصل » ، وأصبح رقم
المادة ١١٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ .
وعملت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذي استقرت عليه
في القانون حتى يكون النص أوضح دون مساس بمحور الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ ،
ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة - وهذا - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قد تنقض النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ،
كما إذا كان يجهل موت الأصل أو إنهاء التوكيل » ، فإذا تعاقده في هاتين الحالتين مع شخص
حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقده ملزماً للأصل وخلفائه . وقد قصد من تقرير
هذا الحكم أن تؤيد ما ينبغي للملزمات من أسباب الثقة والاستقرار » . (أنظر في كل هذا
مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ١٠٢ - ١٠٤) .

على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة (١) .

٨٩ - **قرار الوصول لهذه المجاوزة :** فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الوصول في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الوصول أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له عمل .

ولكن قد يقر الوصول العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتخذ به الوصول والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار (٢).

الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الوصول :

٩٠ - **موسم المستعار أو المسخر (pre-nom) :** ولا يمكن أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الوصول . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل ذاتاً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما .

(١) ويلاحظ أنه في القرضين الأولين - النيابة المستمرة وهما سند النيابة في يد النائب - ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الوصول لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون قادر على النائب في حقه بتأية التوضيح . أما في القرضين الآخرين - جعل النائب والتبر لانتفاء النيابة والظروف التي يطلب معها التبر أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل - فتتخذ عمل النائب في حق الوصول إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .

(٢) فلو كان النائب وكلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلًا بإرادته للفرقة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يبرره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو المانحون ، فنجعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي مطلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصل في حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) لو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصل أو النائب . وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » (١) .

٩١ - التعاقد باسم الأصل : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومه في محل هذا المخدوم ، وكالخدام يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها . والتعاقد باسم الأصل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصل ، ولكن الغير يتعامل معه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا لم يعلن العاقد وقت علم العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فلا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان يتبادر من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات قنطية تحت رقم ١٠٩ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، استنسخ عن عبارة « إلا إذا كان يتبادر من الظروف » عبارة « إلا إذا كان من المفروض حتماً » ، وأصبح رقم المادة ١٠٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٩٨ - ص ١٠١) .

وانظر أيضاً المادة ٣٢ فقرة ٣ و ٣٠٢ من قانون الالتزامات الويسرى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد استحدثت المشروع بقائاس هذا النص من تبيين الالتزامات الويسرى حكماً عاماً مطابقاً أحكام الشريعة الإسلامية . أما التواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير ، وهي التي تخفض باصراف آثار العقد إلى النائب أو المخبر ، فلا تطبق إلا إذا كان من يتصلل مع هذا النائب مجهول وجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التصلل معه أو مع من فوضه » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٩٦) .

هنا ويلاحظ أن الفضولي ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب المال كما قلنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب المال ، فإن آثاره ينصرف إليه هو لا إلى رب المال ، تطبيقاً للبدأ للمفهوم المذكور .

في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

ب - آثار النيابة

٩٢ - المعروفة فيما بين النائب والغير : النائب يعمل باسم الأصيل كما كما قدمنا ، فآثار العقد لا يلحقه من يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبت له في إirامه . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسئولاً عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

٩٣ - المعروفة فيما بين النائب والأصيل : يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ - المعروفة فيما بين الأصيل والغير . تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختص الشخص النائب بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان يتصرف إليهما أثر العقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطلق النيابة في تطورهما ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل» . (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٨ من المرسوم التشريعي على الوجه الآتي :
١٥ - «إذا أبرم النائب عقداً في حدود نيابته باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يتصرف إلى الأصيل مباشرة» . ٢ - «ولن يضاف مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة تابعة بعقد مكتوب ، فلا أن يحصل منه على صورة مطابقة»

فيكسب الأصل الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب .

كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصل .

ج - تماثل الشخص مع نفسه *

٩٥ - نظرة عامة : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة عمل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص

== للأصل تحمل توكيله . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات تقنية وأصبح رقمها ١٠٨ في المبرور النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولا عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التي تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٧) .

وانظر أيضاً المادة ٣٠ من المبرور الفرنسي الإجمالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمبرور السيد في هذا الصدد ما يأتي : «لما كان شخص النائب هو الواجب الاعتماد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعل التقيض من ذلك يقتضي أن يرجع إلى شخص الأصل وحده عند تعيين ممير آثاره . فالأصل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في العقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولنل هذا الأمر المباشر أم ما أقرز القانون الحديث من عدم في شأن النيابة » . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٦) .

● بني المراجع : بلانويول وريبير وإسحاق ١ - فقرة ٦٨ - فقرة ٧٤ - ديموج ١ - فقرة ٨٨ - فقرة ٨٨ - جوجيه في تماثل الشخص مع نفسه ، رسالة من كل سنة ١٩٣٠ - موريل في الوكيل بالسوة كطرف آخر في العقد ، رسالة من كل سنة ١٩٠٤ - فالبارسكو في تماثل الشخص مع نفسه (مقال في مجلة القانون المدني ربيع النوبة سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) - الترجمة الفرنسية الرسمية لقانون الألمان ١٨١ م ٢٣٩ - ص ٢٤٢ - فيغورونوف في العقد في المبرور الفرنسي الإجمالي وفي القانون الصادر من ٥٠٤ - ص ٥٢٤ - نظرية العقد للزلف ص ٢٢٦ وما بعدها - الدكتور حلي بيجت بدوي بك ص ١٢٢ وما بعدها - الدكتور أحمد حفت أبو ستيث بك ص ٩٧ وما بعدها .

وقد حلت محل إرادتين (١) .

وقد اختلفت الشرائع في موقعها من هذه المسألة . فبما ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشرعة الإسلامية والشرعة الإنجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شرعية أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحت في فروض معينة ، والشرائع التي أباحت حرمة في ظروف استثنائية ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح .

٩٦- تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فزاع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه يتوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد مصلحة الأصل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تضي بأن النائب إنما يبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه ، يحل محل الوجهة الواجبة ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومسرف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فيقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيق توافقت فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمقتضى نظرية النيابة (بلانويول وريبير وإسمان ١ بقرة ٦٨ ص ٨٨) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يتطرق إلا على إرادة منفردة جعلها القانون نتيجة آتراً (ديموج ١ بقرة ٤٢ - بقرة ٤٣) ، ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني . (انظر رأياً آخر للدكتور حلي بهجت بدوي يسمى فيه مع رأيه الذي سبق الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصل وإرادة النائب في إنشاء العقد إذا كانت النيابة ائطائية ، ومن أجل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة قانونية فمؤلفه أصول الالتزامات ص ١٢٤ - ص ١٢٥) .

هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره. فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتع مباشرة هذه العقود ، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية (١).

٩٧ - تعاقده الشخص مع نفسه في القانون الجديد: أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات . إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد . كل هنا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة . (٢)

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلاً في بيع ما ن قاشراه لنفسه (٣) ،

(١) نظرية العقد للژول س ٢٣١ - س ٢٣٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدي مع اختلاف قليل بسيط . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات تقنية جعلته مماثلاً لنص المادة ١٠٨ ، وقدمت تحت رقم ١١١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١ . وفي لجنة القانون الذي يجلس الشيوخ تعامل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يحجج بالنقد على الأصل . وتعامل عضو آخر حل الترخيص السابق يضي عن الجزاء الأخيرة ، فكان الجواب بالإيجاب . واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يفترض تمام النقد تماثل لإرادتين ، ولا يطوى تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، فلما أن يكون الشخص وكلاً عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح ، ولما أن يكون الشخص أميلاً عن نفسه ووكلاً عن غيره فيكون التضارب أكبر ، فذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على إلغاء المادة كما هي تحت رقم ١٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ س ١٠٥ - س ١٠٨) .

واظفر في هذه المادة ٣٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

(٣) وهذا التطبيق الملمس وردت فيه نصوص صريحة في القانون الجديد . فقد نصت المادة ٤٧٩ على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسمه سطر ولو بطريق الزاد المثلّي ما ينط به يمه بموجب هذه =

أو تعاقب لحساب غيره وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلًا في بيع مال فاشترى لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصيلة ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحة الشخصية ذاتها ، فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين (١) .

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقب الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد قرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كتبا من أقاتلين بهذا الرأي وقررنه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . ولكن تبينا بعد التأمل أن تحريم تعاقب الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقب فهو ؟ يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينتج عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقب النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصل إلا إذا أجازته . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ .

== النيابة . ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوباً عليه في فوائده أخرى . ونصت المادة ٤٨٠ على أنه « لا يجوز للسياسة ولا للضراء أن يشتروا الأموال المهرود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء باسم مستعار » . (ويلاحظ هنا أن السلب والمخير أترلا منزلة النائب لاتحاد الملة) . وجاء في المادة ٤٨١ : « يصح العقد في الأحوال النصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه » . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « تصوران بضاد الشخص مع نفسه في حالتين : فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصلحة الشخصية ومصلحة الأصل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكم منه إلى معنى النيابة . وغني عن البيان أن مصلحة الأصل لا تيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ - ص ١٠٦) .

(٢) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : « ولهذا الملة اعتبر تعاقب الشخص مع نفسه قابلاً للبطالان لمصلحة الأصل ... ومن الواضح أن البطلان للقرار في هذا الشأن قد انتهى بمقتضى نص خاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن يقتضيه وأن يرخص مقبلاً للتائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل التائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل . وهذا ما صرحت به أيضاً المادة ١٠٨ سالفه الذكر .

وتقتض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة يجوز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون المحاكم الحسية الجديد في المادة ٢٠ وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصي في مال القاصر - ومن باب أولى إذا كان هذا التصرف لنفسه - وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد حدد النص طاقة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولي فتجيز الشريعة الإسلامية أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو يبيع القبن ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات (١) . ومثل ما تقتضيه به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري (٢) . ويستخلص مما قلناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتبس في نظرية البطلان ، بل في نظرية مجاوزة التائب لحدود نيابته .

المطلب الثاني

توافيق الإرادتين

٩٨ - التمييز بين حالتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذي يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقهاء والقضاء . وهذا

(١) وقد قضى قانون المحاكم الحسية بأن تبين المحكمة وصياً خاساً عند تبارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تبارض مصالح القاصر بنفسها مع بنس (١٧٢) . كما قضى بأنه إذا تبارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجة أو أحد أصوله أو فروعه أو مع مزيلته الوصي ، ولم يبلغ هذا التبارض مبلغاً يخفى به على أموال القاصر طبقاً لفترة الرابعة من المادة ١٦ ، قضى هذه الحالة بحجم المحكمة وصياً خاساً . ويجوز كذلك تبين وصي خصومة ولو لم يكن القاصر مال (١٧٢) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للعقود المتبريدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن يخفى بنس لصوص التعرير أو بنس قواعد التجارة صحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك إباحة لمثل الولي مع ولده وفقاً لأحكام القرينة الإسلامية ، وإباحة لمثل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري » . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٠٦) .

بمخلاف التفتينات الحديثة كالتفتين الألماني وتفتين الالتزامات السويسري
والمشروع الفرنسي الإيطالي ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من
الأهمية ، نسج على منوالها القانون الجديد ، وهي تبين كيف يصدر الإيجاب
ومتى يكون ملزماً ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء أكان
المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين في مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدان
جلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

١٨ - المتعاقدان في مجلس واحد

٩٩ - الإيجاب والقبول . تقدم أنه لا بد لتمام العقد من صدور إيجاب
من أى من المتعاقدين ؛ يقبضه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فتكلم في
مسائل ثلاث : (أولاً) صدور الإيجاب (ثانياً) إقراره بالقبول (ثالثاً) حالات
خاصة في القبول .

١ - صدور الإيجاب

المراحل التي يمر بها الإيجاب :

١٠٠ - المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في
العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات (١) قد تطول . ويعتبر من
قيل المفاوضات أن يمرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كأن
يضع إعلاناً يبيّن أنه يمرض منزلاً للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن
أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً
أن يمرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك
اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدى يشتمل على

(١) هناك عقود تم عادة بمفاوضات تسليها ، منها : العقود المألوفة في الحياة اليومية
كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة ، والعقد التي تبرم دون سابق
مفاوضة في الحياة التجارية وهي تنحصر السرعة في البت والتعامل ، وعقد الإذعان وهي تتميز
بإيجاب بات في بعض الأمور يقبضه لإذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه على مستغنى .

نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بمروغن أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١). وقضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه لا يعد إيجاباً ماداً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة (٢) .

والتانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً ، فكل مفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذى يريد . ولا مسئولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات لإعلام مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا يعد السمار نائياً لأنه إنما يعهد للمفاوضات وهي عمل مادى لا عمل قانونى .

على أن المدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقرن المدول بخطأ منه . ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تعاقبية مبنية على المدول بل هي مسئولية تعصيرية مبنية على الخطأ . وللكلف إثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذى أصابه ضرر من المدول ، فلذا أثبت مثلا أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطر به المدول في الوقت المناسب ، وانتهى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق في المطالبة بتعويض .

١٠١ - الإيجاب المعلن : وقد تنهى المفاوضات إلى إيجاب معلن ، كان

يعرض شخص التعاقد بشمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الشمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذى صدرته بالشمن الذى عينه مطلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولاً وتراعى الأسبقية في القبول حتى يتخذ

(١) وقد سبقت الإشارة إلى هذا النص عند الكلام في التصريح الصريح والتخصيص الضمني (أنظر فقرة ٧٦) ، وهنا هناك أن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ يعمل على القضاء بتطبيق هذا الحكم دون نص عليه .

(٢) ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ - أنظر أيضاً حكماً آخر في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٤ ص ٢٦٤ .

الشيء . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذى علق عليه .

١٠٢ - **الإيجاب المعلق** : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وقرار ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائى هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، فيفصل فيه قاضى الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه .

القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ - **في القانون القديم** : لم يرد فى القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبتى ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن الموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول (١) . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل ، سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبني هذا لاعلى أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بالألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل فى مصلحته (٢) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه فى وقت غير مناسب قد يحمل للموجب له حقاً فى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية (٣) .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب فى تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث :

(١) استئناف مخطوط فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ - وفى ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ م ٣٢٢ - وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٥٦ - وفى ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١١٧ - وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ٢١٣ - وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٣٢ - وفى ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ٨٨ .

(٢) استئناف مخطوط فى ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ م يوربلى بك ٣٠١ م ٣٠ - وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ١٠٠ - وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ م ٦٢ .

(٣) محكمة الإسكندرية الابتدائية المخططة فى ٦ يناير سنة ١٩٢٣ م جازيت ١٤ م ١٣

نظرية الإرادة المنفردة، ونظرية العقد الضمني، ونظرية المثلية التفسيرية (١).

١٠٤ - في القانون الجديد : وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعي. فحقت المادة ٩٣ بما يأتي : ١٥ - إذا عين ميعاد لقبول الزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينتقض هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (٢). فالإيجاب المقترن بميعاد لقبول ملزم للموجب طبقاً لنص القانون الجديد . ولم تعد بعد هذا النص حاجة إلى البحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه القوة الملزمة ، فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم ، أي أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون، وهذه هي إحدى الحالات التي نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للإلزام .

ويكون تحديد الميعاد الذي يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً في الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فن الميسور

(١) أنظر كتاب « نظرية العقد » للزنت ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - إذا حدد ميعاد لقبول الزم الموجب بإيجابه إلى أن ينتقض هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل . وفي لجنة المراجعة اقترح أن يكون الزم الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك كما أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٩٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥ . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الفيحاء تحت رقم ٩٣ . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٣٦ - ٣٨) .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتي : « كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه » (١٢٩م من المشروع التمهيدي) . وحذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بالنص الذي استبقى في حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هي وحدها التي تظهر فيها القائمة السلبية من القول بالصحة الملزمة للإيجاب . أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل ، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأفاد أن الموجب يبقى في هذه الحالة ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة المقررة ، وحذف النص جعله غير ملزم . ولكن القائمة السلبية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٣٠) .

أن يستفاد من ذلك، أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي (١) . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر (٢) . فهذا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لغائب ، أن يربص الموجب مستقبلاً بإيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل في الميعاد المقرر لوصوله (٣) .

ويبقى الموجب ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، ما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة كما سأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقرن بالقبول .

ومن ثم فتبين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائماً غير ملزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) هذه البيانات مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧) .

(٢) ولما كانت المادة ١٢٧ من المشروع التيمى تجرى على هذا الوجه ، وحذفت في المشروع التامى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠) . ويلاحظ أننا اعتدنا في هذا الفرض من تناقد إصدار الإيجاب فيه لحاضر في مجلس النقد إلى تناقد إصدار الإيجاب فيه لتائب .

(٣) أنظر في مثل تلك تحديد ميعاد للقبول تحديداً ضيقاً بحكمة الاستثناء المختلة في ١٨ يناير سنة ١٩١٢م ٢٤ ص ١٠٠ .

هذا وتقدم عطاء في مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء — والعلم هنا يقع على تقديم العطاء في ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سرى كما تخفى بذلك طبيعة المعاملة — يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل نشر المظاريف ، لأن الإيجاب قد اقرن بأجل ضمنى هو الميعاد الذى حدد لإرساء العطاء .

سقوط الإيجاب :

١٠٥ - الإيجاب القائم بالضرورة : فإذا كان الإيجاب قائماً مطلقاً فإنه يسقط في حالتين :

(الحالة الأولى) هي أن يرفض الموجب له الإيجاب ، فيسقط حتى لو لم تنقضى المدة التي يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً ، وطوراً يكون قبولاً يتضمن تعديلاً في الإيجاب (م ٩٦ وسبق ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هي أن تنقضى المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهي الإلزام والقيام في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء في ذلك أن يصلح الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم ، ولكن مثل هذا النظر يصب تمثيه مع ما يطلب في حقيقة نية الموجب . ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتج اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأي الذي أخذ به المشروع في نص لاحق . وغى عن البيان أن الإيجاب الملزم يسمي في كيانته عن الوعد بالتعاقد ، فالأول لإرادة مفردة والثاني اتفاق لإرادتين (١) » .

١٠٦ - الإيجاب القائم غير بالضرورة : وإذا كان الإيجاب قائماً غير

ملزم - وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد - فإنه يسقط أيضاً في حالتين :

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ م ٣٦ - وانظر أيضاً في هذا المنى عمكة الاستئناف المحظية في ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣ م ٦٢ .

(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد .

(الحالة الثانية) إذا انقضى مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .

وسرى تفصيل كل ذلك عند الكلام في مجلس العقد (أنظر م ٩٤ (١)).

١٠٧ - القبول بعد سقوط الإيجاب إيجاب مجرد : وإذا سقط

الإيجاب على النحو الذى قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك في حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلاً في الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً (٢) . ونرى

(١) كان المبرع التمسى يشترط على من يهدى الحالات التى يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المبرع تنص على ما يأتى : « يسقط الإيجاب : (١) إذا انقضت صفته المرة قبل أى قبول . (٢) إذا رفضه من وجه إليه . (٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر » . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تقتل على تعداد محسن تركه لفتنه (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٤٠ - م ٤١ في الماشر) .

(٢) أنظر في حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل في الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالمثل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل في الميعاد ، نظرية العقد للمؤلف ص ٢٥٣ لحشية رقم ٢٠٩ .

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من المبرع التمسى تجرى على الوجه الآتى : « يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . وسع ذلك إذا كان القبول قد أرسل في الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره في الوصول قد أرسل في الوقت المناسب ، أن يحظر الطرف الآخر فوراً بتأخير القبول ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر القبول غير متأخر » . وبما في الذكر الإيضاح لهذا النص ما يأتى : « يجب التفرقة بين القبول الذى يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد وبين القبول الذى يرسل في الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثانى دون الأول هو الذى يرتب على طابق الموجب ، إذا انصرفت نية إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن يحظر الطرف الآخر فوراً بذلك . فإذا تهاون في الإخطار وأصبح التأخير بنفسه منسوباً إلى خسه ، فيعتبر أن القبول قد وصل في الوقت المناسب » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٤٩ - م ٥١) .

ذلك أيضاً في حالة ما إذا صدر قبول بعد حلول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء مجلس العقد . ففي هذه الحالات الأربع - وهي الحالات التي رأينا أن الإيجاب يسقط فيها - إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يحت به قبولاً ، ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

ب - ائتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ - المادة المزي يصرح في القبول - مرة قيام الإيجاب : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التي يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترون بأجل للقبول صريح أو ضمني يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز في أى وقت في خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترون به الإيجاب . أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ، ولم يقرن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً - ويجوز أن يقرن بالقبول - ما دام مجلس العقد لم يتفرض . فإذا انقض سقط الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ - مجلس المقرر : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التمييز في المادة ٩٤ من القانون المدني الجديد ، وهذا نصها :
١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يمين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل .
٢ - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن يتفرض مجلس العقد (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا فروقا تقنية) . ولا تلي النص في لجنة المراجعة لوصح أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي على أن يكون مفهومه أنه لم يرد الإیمان ووجه الخطر المادية التي تراها عادة في كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :

«إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر . وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل انقراض التعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المقيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد (١) .

ويبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما في التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كعبداً عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع - وهو مأخوذ من القوانين الحديثة (٢) - يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفي هذا من الضيق والمخرج ما لا ينحى . فلفظ القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالاتجاه إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم يتغض . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم التعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذى يبقى فيه التعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد ، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتلبر الأمر شيئاً من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من التعاقدين منشغلاً بالتعاقد . فإذا انصرف أى منهما إلى شيء غيره

== فضيلة تفتة ، وأصبح رقم المادة ٩٦ في المقروع التام . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تامل أحد الأعضاء عما إذا كان من الممكن الاستثناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفى لأن تلك الفقرة تبالغ حكم القبول إذا صدر قبل إرضائى مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم ٩٤ . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٩ - ص ٤٤) .

(١) مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٤٢

(٢) أنظر المادة ٤ من قانون الالتزامات الويسرى والمادة ١٤٧ فقرة ١ من القانون الألمانى .

اعتبر مجلس العقد قد انقضى ، وسقط الإيجاب . (الشرط الثاني) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً . ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً علمياً معقولاً ، ولم تعد الفورية في القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بتغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو في نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد (١) .

(١) نحن هنا نأخذ بالمنع المتيقن وهو المنع الذي قصد المتعاقدون الجديد أن يستمد منه في هذه المسألة . وقد اختلفت المذاهب مع الثانية في ذلك . فالمذاهب يرون كافتتاح جواز القبول ولو تراخي عن الإيجاب ما دام قد صدر في مجلس العقد . أما الثانية فيستلزمون الفور في القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكهم في الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز للموجب أن يرجع في قوله قبل انقضاء مجلس العقد . ومن ثم أصبح منذهب الثاني ، يفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولة ، وأصبح الفرق بينه وبين المنع المتيقن محدود الذي من الناحية السلبية . فالمذاهب يقولون إن الموجب لا يستطيع أن يؤخر بقوله إلى ما قبل انقضاء المجلس ، والثانية يقولون بل يجب أن يقل فوراً ، ولكنه يستطيع الرجوع في قوله للحال قبل انقضاء المجلس . أما المنع الثالث فيستلزم الفورية كالمنع الثاني ، ويمنع خيار المجلس كالمنع المتيقن ، وهذا هو منذهب القوانين الحديثة . ولم يمتدح القانون الجديد لما ينطوي عليه من ضيق وحرَج .

وتتل هنا بعض ما جاء في البدائع في هذه المسألة : « وأما الذي يرجع للمكان العقد فواجب وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا ينفذ ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتمل بصل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينفذ ، لأن التباس ألا يتأخر أحد الطرفين عن الآخر في المجلس ، لأنه كما وجد أحدهما انعدم الثاني زمن وجوده ، فوجد الثاني والأول متعمداً لا يحتمل الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انعدام باب البيع ، فتوقف أحد الطرفين على الآخر حكماً . وجعل المجلس جامداً للظن مع تفرقها للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقبياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الثاني رحمه الله القبول مع ذلك شرط لا ينفذ الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا من أن التباس ألا يتأخر أحد الطرفين عن الآخر والتأخر لم يكن للضرورة وأنها تدفع بالقول . ولأن في ترك اعتبار القول ضرورة لأن التباين يحتاج إلى التأمل ، ولو انحصر على القول لا يمكن التأمل » (البدائع ص ١٢٧) .

هنا التحليل الرابع هو الذي وقف عنده . ولا تجزى المنع المتيقن بعد ذلك في تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بعض ما جاء في البدائع في صدد هذا التصوير الضيق : « وعلى هذا إذا تأيها وما يشيئ أو يبرهن على حاجته أو على حاجة واحدة في محل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منها متصلياً انقضى ، وإن كان بينهما فصل وسكون وإن قل لا ينفذ ، لأن المجلس تبدل بالمتصل والبرهان قل ... ولو تأيها وما =

١١٠ - لا تختم في القبول : ومتى قام الإيجاب ولم يتنقض الميعاد الذي يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتختم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكن من بداعة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول . ويتحقق ذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذا المعنى حذف اكفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه ويجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة (١) .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار في التشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم ينتحون

== واثنان استند لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وما وافقنا فالآخر قبل القبول أو سارا جيا ثم قبل لا ينقد ، لأنها لا سار أو سارا قد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد ... ولو تابعا وما في سفينة ينقد ، سواء كانت واقعة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو متصلين ، بخلاف المضي على الأرض والبحر على الهابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بجرياته ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريتها مضافا إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المضي والبحر . أما المضي فظاهر لأنه فله ، وكذا سير الهابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقتت ، فاختلف المجلس بينهما » (البيان ٥ ص ١٣٧) .

ونرى من ذلك أن قضاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقي ، ثم يخلون المأفة على وجوبها المطلقة ، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتفعل الاختياري (للسي أو السير على القاية) لا ينقد البيع ، أما إذا اختلف بالتفعل غير الاختياري (جريان السفينة) ينقد . وفي هذا ذهب بالمتعلق إلى أبعد مدى ، وفيه من المرح في التماس مالا يخفى ، إذ يجتمع على شخصين يعيشان أو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتفاديا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقي للمجلس ، فيكفي الاتحاد المحكي ، وقد أقر قضاء الحنفية هذا الاتحاد المحكي في التفعل غير الاختياري للضرورة ، والضرورة ذاتها هي التي تقضي علينا أن نكتفي بالاتحاد المحكي في التفعل الاختياري أيضاً . وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم بلز رفع المرح في حقه بكثر وقوعها وهي السر بالركة المدعوية ، فذكر في هذه المسألة ما يأتي : « أما لو تابعا وما في السفينة فإنه يصح لسكون السفينة كالبيت فلا ينطلع المجلس بجريتها لأنها لا يملكها لرافتها (لطلاوي عن النهر) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد » (شرح المجلة لسليم بلز ص ٨٦) .

أبوابهم للطارق، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم. فإذا استجيب هذه الدعوة إلى التعاقد، كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتي: «وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة للحالة التى أنشأها صاحب الدعوة، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساعة استعمال الحق أو التعسف فى استعماله. على أن الإساعة فى هذا القرض ترد على مجرد رخصة من الرخص، وهذه خصوصية تسترعى الاقتباه. وقد تمسك المشروع بإغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التصنى، فتل هذا الرفض يترتب مسئولية لا شك فيها. فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً. ويجوز للقاضى فى بعض القروض أن يذهب إلى ما هو أبعد، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك (١)».

١١١ - كيف يطالب القبول الإيجاب: وإذا كان الموجب له لا يتحمل عليه القبول على النحو الذى قدمناه، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قومه مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب فى جميع المسائل التى تناولها الإيجاب. وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى روى حلقه اكتفاء بتطبيق المبادئ العامة. فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه «ولا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد. أما الاتفاق على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى المالحش. وقد جاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية فى صدد التفصيرات والإعلانات التى يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتى: «وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن التفصيرات والإعلانات وقوائم الأسطر التى يجرى التسلل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب. فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يوجهها إلى الإيجاب التهنأتى للزم لى ينقلب إلى ارتباط صافى متى اقترن به القبول، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة لتقديم الإيجاب. والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى المالحش).

بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين ، حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة (١) .

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة - فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتي : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) . والذي يسترعى النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حلدا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون عللاً للاتفاق فيما بعد ، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذي يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل ، ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فصييراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المقول أباح القانون للقاضي أن يقضى فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يتجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم في

(١) مجموعة الأعمال التضيرية ٢، ص ٤٦ . انظر أيضاً محكمة استئناف أسيوط في ٣ يونية سنة ١٩٤٨ الحاملة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد في القانون الجديد مع بعض فروق تقنية . ولا تلى في لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال ، فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشية التحكم ، ودارت مناقشة طويلة حول هذه المسألة ، واستقر الرأي على إعطاء المادة بعد تعديلات تقنية تحت رقم ٩٧ في المشروع التهاى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل ، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٤٥ - ص ٤٩) .

انظر أيضاً المادة ٢ من تعين الاتراعات السويسرى والمادة ٦١ قرة ٢ من تعين الاتراعات البولوى .

صنع العقد (١) . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه ما دام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن يفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضى محلهما ليتفقا فيها اختفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للاملاء بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلاً على المسائل الجوهرية في عقد الإيجار ، ففرضاً على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيما يتحمل ضريبة الحفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهي عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم إلا إذا اشفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستغاب أن يفرض القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار ، وأنهما تركا للقاضى أن يبت في هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للعرف إذا لم يستطيعا أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعدو أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهم لم تصرف إلى ذلك ، وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضى أن يقضى بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التى تناولها ، جوهرية كانت أو تفصيلية (٢) .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذى قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى في هذا الصدد ما يأتى : «وقد هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل في المسائل التفصيلية التى أوجب الاتفاق عليها ما لم يترأس المفاوضان بشأنها . وعلى هذا النحو ينسحب طلاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير لإرادة المتعاقدين ، بل يستكمل ما قص منها » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٦) .

(٢) يؤكد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى : «ومما يمكن من أمر . فينبغى التنويه بأن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . فإذا تطرأ هذا التفسير مع ما أراده المتفاوضان ، بأن اشترطاً صراحة أو سلباً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التى احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد سالم يحصل الاتفاق على تلك المسائل » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٧) .

المقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً ، وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع ، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . وهذا الحكم هو الذي تنص عليه المادة ٩٦ من القانون الجديد إذ تفضي بما يأتي : وإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً (١) .

ج - حالات خاصة في القبول

الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولاً . (*)

١١٢ - المبدأ العام : لا محل للكلام في السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولاً ؟

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١ من المشروع النهائي ، وكانت هذه المادة تشتمل على فقرتين ، حذفت الفقرة الأولى منها في المشروع النهائي اكتمالاً بتطبيق القواعد العامة كما سقت الإشارة إلى ذلك . أما الفقرة الثانية فجاءت مطابقة للنص الذي ورد في القانون الجديد . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل ، وأصبحت المادة ٩٦ في القانون الجديد (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٩ - ص ٥١) .

وانظر في هذه المسألة المادة ١٥٠ من القانون الأتالي ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، جازيت ١٢ ص ٢٨٥ .

* بعض المراجعين : بلانويول ورييه وإسمان ١ ضرة ١٠٨ - ديموح في الالتزامات ١ ضرة ١٨٥ وما بعدها ٢ ضرة ٥٥٦ - فاليري في العقد بالمراسلة ضرة ٢١ وما بعدها وتطبيقاته في دالموز ١٩٠٥ - ١٩٠٨ و ٣٢٥ - ١٩٠٨ و ٢ - ١٠ - ١٩١٣ و ١ - ٢٨١ - جيز في نظرية العمل السلي (مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٧٦٤) - بارول في السكوت باعتباره مثبثاً للالتزامات ديموح ١٩١٢ - كوهن في العقد بالمراسلة باريس ١٩٢١ ص ١٠٣ وما بعدها - ليفي ديموح ١٩٢٧ - كوهين (Cohin) في العمل السلي الخاطيء باريس ١٩٢٩ - أوبري ورو ٤ ضرة ٣٤٣ - بودري وبارد ١ ضرة ٤٤ - ضرة ٤٨ - شكلز تسكله بودري ٢ ضرة ٢٩٥ - ولتوني ١ ص ١٩٧ - ١٩٩ - نظرية العقد الموقوت ضرة ١٦٠ - ضرة ١٦٦ - الدكتور حلي بهجت مدوى ضرة ٥٤ - الدكتور حشمت أبو ستيت ضرة ٨٨ .

يمكن القول بوجه عام إن السكوت في ذاته : مجرداً عن أى ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً ، لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت شيء سلبى ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية : « لا ينسب لسكوت قول » . وليس السكوت لإرادة ضمنية ، فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو المدم (١) . وأولى بالمعلم أن تكون دلالة الرضا لا القبول . وهذا هو المبدأ العام ، يقول به الفقه والقضاء في مصر وفي غيرها من البلاد (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمى في هذا الصدد ما يأتى : « ينبنى التفرق بين الصبر الضمى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالصبر الضمى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون الصبر الضمى بحسب الأحوال إيجابياً أو قبولاً ، أما السكوت فمن المنتع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض القروس الاستثنائية أن يعتبر قبولاً » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٧) .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه لا يعد قبولاً أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد في المياد القانونية حتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستطليه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ١٢ ص ٢٢٣) . وكذلك قضت محكمة الاستعمارية الابتدائية المختطة في دائرتها التجارية بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض عرضه البيع وبشروطه شرطاً في صفة تلك المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضا من المشتري ، بل يجب أن يكون رضاه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازت ١٧ ص ١٨٧ رقم ٢٧) . وقضت المحاكم الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يتبره فيه مرسله سامحاً في شركة معينة وبعبارة أنه سجل في حاسب قيمة الأسهم التي احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولاً بالاكتساب في الأسهم المذكورة (قضى فرنسي في ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ - ١٧٠ - ٢٥٧ وفي ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٢٠٧) ، وبأن الناشر الذي يرسل لشخص دون سابق اتفاق مجلة دورية لا يمكن له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه المجلة مادام أنه يصدره قبول بذلك ، ولا يعتبر قبولاً مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة حتى لو ذكر في المجلة أن عدم الرد يعد قبولاً بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازت دي باليه ١٦٢ - ٢ - ١٦٢ - - محكمة دوه الاستئنافية في ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ٢ - ١٥٣) . ويلاحظ أن من يتلقى المجلة ويكتب ، إذا كان سكوتاً لا يعد قبولاً ، فإن قوله قد يستخلص ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها ، كأن يواطى على تسليم المجلة وقراءتها بانتظام (أنظر دي هلنس ١ لفظ (convention) فقرة ٦) .

١١٣ - الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات أقرها القضاء المصري في ظل القانون القديم ، وأكدها القانون الجديد في نص صريح ، فقدت المادة ٩٨ بما يأتي :

١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمفحة من وجه إليه (١) .
فالاستثناء إذن هو . أن يعتبر السكوت قبولاً إذا أحاطت به ظروف ملازمة من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء (٢) . هذه الظروف الملازمة ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء (٣) ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعمله

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت في المشروع التمهيدي في آخر الفقرة الثانية نصها كالآتي : « ويكون كذلك سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشترها قبولاً لا يرد في (القانون) من شروط » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشتري الخ » . وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه علقياً بحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء في كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التصورية ٢ ص ٥٦ - ص ٦٤) .

واضطر فيما يقابل هذا النص المادة ٦ من قانون الالتزامات والسيسرى والمادة ١٨٠ من قانون الالتزامات النهائي .

(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى إتمام العقد حسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إنجائه أو الإخفاة منه (استئناف مخطط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩٦ ص ٣٥٨) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن يعمل عرف التجارة بالسكوت شأن القول . ونظر بما على ذلك قضى بأنه لا يجوز المنازعة في بيع يعتبر في عرف السوق تاماً ، وفقاً لشرط المدونة في بطاقة أو مذكرة لم يردها الماقد من بوره ، من كان هذا العرف يفرض على من يملك بضائع البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم امتداد العقد ، وهو دليل لا يسوغ للماقد أن يتخلفه من إمالة أو خطه الكسفى (استئناف مخطط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢) » (مجموعة الأعمال التصورية ٢ ص ٥٩) .

عن حسابه في المصرف ، وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له (١) ، أو كانت طيبة المعاملة تقضي بذلك ، كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف في القانونة شروطاً مستجدة سكت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها (٢).

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريد لها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كما دته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاً وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده (٣) . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولاً إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلاً له ، أو فاسخاً (٤) .

(١) محكمة الاستئناف المختصة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ١٦٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ م ٧٣ - ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ م ١٤٦ - ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ٢٨٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ م ١١١ - ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب القديم ، فلها تستقي حلة النطق في الحساب والحذف والإضافة والتزوير وما إلى ذلك ، قتل هذا يصحح .

(٢) محكمة الاستئناف المختصة في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٧٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) - قض فرنسي في ١١ يولي سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٤ - ١ - ١١٧ - وفي ١٥ يولي سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٦ - ١ - ٢٦٢ .

(٣) محكمة الاستئناف المختصة في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ م ٢٠٠ - ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ٣١٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ م ٥٦ .

(٤) مثل استكمال تنفيذ العقد مشتر لاآلات ميكانيكية استنفذ الأجل المخروب نصص هذه الآلات وطلب أجلاً جديداً نصص تشكيل كان متوقفاً في عقد البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاً بمنحه هذا الأجل الجديد (قض فرنسي في ٧ مارس سنة ١٩٠٥ سيرة ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قضت به محكمة الاستئناف المختصة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب التسليم أجلاً محدداً بل جله في أقرب مياد استطاع ، وسكت للمشتري على ذلك ، فحكوته يعتبر رضاً بهذا التعديل (استئناف مختص ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ م ٥٦) . ومثل فسح العقد أن شخصاً أوصى بكيات كبيرة من الصم من إنجلترا ، ثم نثيت الحرب ، فأخبره المصح أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بهد أن منعت الحكومة الإنجليزية تصدير الصم ، فسكت ، ثم عاد بهد ذلك مطالب المصح بتنفيذ تهده . فضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه بصرف النظر عما إذا كان الزام المصح أصبح تنفيذه مستحيلاً فوة فاهرة ، فإن سكوت المشتري قد جعل المصح على حق في اعتقاده بفسح العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٣٥٨) .

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء ، كالملة التي لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت (١) .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل المحصر . فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضاء فهو سكوت ملابس (٢) (silence circonstancié) ، ويعتبر قبولاً ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته إجازة ، وكالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون علمه كان سكوته إقراراً بالبيع . في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً : «السكوت في معرض الحاجة بيان» .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشخص الذي يصدر منه إيجاب ضمن آخر يريد استتجار عين من المحسومة بمد مقيداً بهذا ضمن بمجرد رسو الزاد على من كلفه دون حاجة لقبول الكفاية من جانب المحسومة ، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولاً (١٣ فبراير سنة ١٩٩٦ م ٨ س ١١٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمعروض التهدي في هذا الصدد ما يأتي : «أما السكوت فمن المتع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولاً . وقد تناول النص هذه الفروض ، وهمل بشأنها عن تبيين الالتزامات السويسرية ضابطاً مرناً يهيئ للقاضي أداة عملية لتوجيه قواعدها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع أي قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسبقها أو من ظروف الحال . والثاني التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة مفضوة ... وبراعى ... أن اقتضاء اليباد المقول أو المناسب هو الذي يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذي يبدل القبول ويكون له حكمه ، وفي هذا الوقت يتم القصد . أما فيما يتعلق بإمكان الانقضاء فيعتبر التالف قد تم في المكان الذي يوجد فيه الموجب عند اقتضاء المبدأ المناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان . ولم تعرض التفتينات اللاتينية ، خيا عبدا استثناءات خاصة ، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التفتينات المرجمانية وغيرها من التفتينات التي تأثرت بها تورد على القبيض من ذلك أحكاماً وافية في هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المفاهيم ومقارنتها في النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إقصاحاً أو تمييزاً عن الإرادة . أما السكوت «الموصوف» وهو الذي يبرس حيث يفرس القانون الزلماً بالكلام فلا يثير إشكالاً ما ، لأن القانون منه يتكلم بتنظيم أحكامه . وليس يبقى منه ذلك سوى «السكوت الملابس» وهو ما تلاعب ظروف العمل معها محل الإرادة ، فهو وحده الذي يوايه النص ، محدثاً في ذلك حذو أحدث التفتينات وأرقاها» (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٧ - ٥٨) .

الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ - يعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب يقوم مقام القبول ، فيتم العقد به ، ويعتبر قبولاً ضمناً (١) . أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع في شأن تحديدتهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص في ذلك . وتنقض القواعد العامة - على ما سئرى - أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفي المكان الذى علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفي مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه وإذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفي المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ . ولكن هذا النص حذف في المشروع الهائى ، حذفته لجنة المراجعة لأنه ومن التفصيلات التى لا ضرورة لها (٢) . على أن النص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد المتعاقدين لا يخلق رغم وجود بنس يأخذ كان بوسمه أن يحسك بها قبل التنفيذ يحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يتفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لاسبيل معه لل شك في انصراف نية المتعاقدين لم يوقع العقد على القبول (٦ يونية سنة ١٩١٦ جلزيت ٧ ص ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تتخلص من التنفيذ لدى ارتضاء المتعاقدين (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٨٢) . وقضت أيضاً بأن شركة المياه التى تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجزاف لا يجوز لها أن تزعمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يجتنب العداد ما لم يتم الدليل على أنها ألفت التعاقد على أساس الربط الجزاف (٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧) .

(٢) مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٥٦ - ص ٥٧ . وانظر المادة ٣ من المرسوم الفرنسي للإطال .

بحصول التنفيذ لا بعلم الموجب به متى انفسح ذلك، لا من إرادة الموجب فحسب، بل أيضاً من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف، ولوجب على الموجب له أن يادر بإخطار الموجب بيده التنفيذ، ولا يكون هذا الإخطار إلا إيلاعاً للقبول الضمى الذى صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ (١).

المادة الثالثة — القبول فى عقود المزارع :

١١٥ — هناك عقود تتم فى بعض الأحيان لامن طريق المباشرة، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيع الذى تجريها المحاكم الحسية . وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزارد إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تؤجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضي وعقارات بطريق المزارد . ويعتينا فى العقود التى تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد يظن أن طرح الصفقة فى المزارد هو الإيجاب، والتقدم بطلبه هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة فى المزارد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بطلبه ، والتقدم بطلبه هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزارد ، ويكون هو لإرساء المزارد على من يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التحدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتناول هذا النص حالة تخرب من حالة السكوت . إلا أن التنفيذ الاختيارى الذى يكون مقدماً على الرد يمثل فى خلاق القبول الضمى . ويراعى أن الإخطار بيده التنفيذ ليس إلا إيلاعاً لقبول الضمى الذى صدر منذ أن حدث البدء فى التنفيذ . فهذا الحادث هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيها التقدرون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك . وقد استنتجت هذه الحالة كما استنتجت حالة السكوت من حكم القاعدة التى تنص بأن التعاقد ما بين التائين يتم تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول » (مجموعة الأعمال الضمنية ٢ ص ٥٦ — ص ٥٧ فى الخامس) . ونلاحظ أنه أشير فى المذكرة الإيضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التى تنص بأن التعاقد ما بين التائين يتم تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول . وهذا يحتاج إلى تفصيل . فقد رأينا فيما قمناه فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا فى تحديد الزمان . أما تحديد المكان فتجرى عليه القاعدة العامة ، ويتم التعاقد عن طريق السكوت قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان . على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء ظاهرياً ، إذ أن السكوت إذا اعتبر قبولاً يكون صدوره والتم به حاصلين فى وقت واحد ، فلا فرق بين نظريتين الإعلان والتم فى هذا الخصوص .

ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولاً ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المراء (١) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوضعية بأن العطاء الذى يقدم به شخص فى بيع يجرى بالمراء العللى أمام المجلس المحلى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتلى به قبول المجلس ، ويموز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢٨١) . وقد يشترط من مطرح الصفقة فى المراء صراحة أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عرضت فى المراء أرض لتأجيرها على مقتضى شروط واردة بقائمة المراء تتضمن أن لساحب الأرض الخيار بلا قيد فى قبول أو رفض أى عطاء ، فإن تقديم العطاء ، وبمجرد قبول المالك لجزء من التأمين القضى وتحريره إيصالاً عنه لم ينس فيه إلا على أن صاحب العطاء ملتزم بدفع باقى التأمين فى أجل حدده بكتابة منه على القائمة ولم يصر فيه بقى إلى حقوق صاحب الأرض الواردة فى قائمة المراء ، بل بالعكس أصر على القائمة فى يوم حصول المراء انتهى حرر فيه الإيصال بأن المالك لا يزال مختطاً بمقته فى قبول أو رفض العطاء — كل ذلك لا يقيّد علم عقد الإيجار بين الطرفين ، ولا يمنع المالك من أن يستكمل حقه فى قبول العطاء أو عدم قبوله فى أى وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه . فإذا هو فعل ذلك فى نفس اليوم قبيل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالصل عقد الإيجار بعد أن دون هذا العطاء الآخر فى القائمة قبل إقبال المراء ، كان هذا هو القدر التام اللازم (نفس مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) .

أما إذا أرسى من طرح الصفقة المراء على من رسا عليه ، فقد تم القدر ولا يجوز للراسى عليه المراء الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوضعية بأنه ما دام قد ثبت بحضور جلسة المجلس المحلى أن الراسى عليه المراء قبل الشراء بشئ من ، ووافق المجلس المحلى على هذا التمن وقرر إيقاع البيع ، وما دام الإيجاب والقبول قد وقعا من علىكون التعاقد وحصل الاتفاق على البيع والتمن ، فيكون البيع قد تم ، ولا عبرة بتحرير القدر لأن القدر ليس إلا السد الكتابى للبيع ، وليس للراسى عليه المراء أن يرجع بعد ذلك فى القدر من نقاء ضمه لأنه لا يملك الرجوع بغير إرادة الطرف الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣١٧ ص ٣٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستقلاً عن شروط انتافسة ، فإذا قبله من طرح الصفقة فى المنافسة تم القدر بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى : نفس مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص ٦٩٩) .

وبلاحظ فى كل ما قدماه أن هذا هو القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم وبموز الرجوع فيه ما دام أنه لم يقترن بالقبول . أما فى ظل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا صرح بأجل ولو ضعى ، فقد دعنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع فى عطاءه بعد أن حصل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إيجاباً ملزماً إذ هو قد اقترن بأجل صعى هو من المظاريف وإرساء العطاء على من رسو عليه .

وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . قفقت المادة ٩٩ بما يأتي : « لا يتم العقد في المزادات إلا بـرسو الزاد . ويسقط العطاء بـطاء يزيد عليه ولو كان باطلا (١) » . والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في الزاد ، كقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي تقدمه .

(١) تاريخ النص : ورد معنا النص في المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يتم العقد في المزادات إلا بـرسو الزاد . ويسقط العطاء بـطاء يزيد عليه ، أو بإبطال الزاد دون أن يـرسو على أحد » . ولما تلى النص في لجنة المراجعة ، أضافت اللجنة عبارة « ولو كان باطلا » بعد عبارة « عطاء يزيد عليه » ، وأصبح رقم المادة ١٠١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفي لجنة القانون للدق بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في حكم المزادات التي يشترط في إعلانها أن لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أى عطاء يقدم فيها ، فقبل لأن إرساء الزاد لا يتم إلا باستعمال حق الخيار المصروف في الإعلان ، وفي حكم المزادات الحكومية التي تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقبل أنه لا يمكن لإرساء الزاد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون انشاء باطلا ، فأجيب . بإمكان تخفى ذلك فيما لو كان صاحب العطاء قاصراً أو متوهاً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة « أو بإبطال الزاد دون أن يـرسو على أحد » ، وقد راعت في ذلك أن الإرساء هو الذي يتم به العقد ، فإيراد هذه العبارة يكون مجرد تـزيد قد يحمل على عمل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٤-٦٧) .

هذا وقد جاء في للذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يطبق هذا النص على جميع عقود المزادات ، ويوجه خاص على البيع والإيجارات التي تجري بطريق المزادة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فانتاح المزادة على الثمن ليس في منطق النص إلا دعوة لتقديم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا بـرسو الزاد . وقد أعرض المشروع عن المنصب الذي يرى في انتاح المزادة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولاً . ويراعى أن العطاء الذي تخفى به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بـطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً أو قابلاً للإبطال ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أفضل الزاد دون أن يـرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فإدام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل اختفاء الجداد المحدد . أما الجداد في هذا القرض فيحدد اختفاء من دلائل ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو يتخفى بلا شك عند التقدم بـطاء أكبر أو بإبطال الزاد دون أن يـرسو على أحد » . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٤-٦٥) .

نضيف إلى ما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً بل =

المادة الرابعة - القبول في عقود الإذعان^(١) :

١١٦ - دائرة عقود الإذعان : قد يكون القبول مجرد إذعان لا يحلج الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يذبح . ولما كان في حاجة إلى التصاقل على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بقود الإذعان (١) . هنا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في صوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بموامل اقتصادية أكثر منه متصلا بموامل نفسية . ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة نحدد

= باعتبارها دائرة ملابية . ولا يمنع الظاه اللاحق أن يكون دائرة ملابية أنه وقع بخلاف كصرف قانون .

• بني المراجع : سأل في إعلان الإدارة س ٢٢٩ وما بعدها - ديبية في تطورات القانون الخاص س ١٢١ - الدولة والقانون الموضوعي والقانون الرضى س ٥٥ - موريو في مبادئ القانون العام س ٢٠٧ - ريبير في القواعد الحلقية في الالتزامات س ٥٥ وما بعدها - بلاسيول وريبير وإسمان ١ س ١٧٢ وما بعدها - ديجو في الالتزامات ٢ س ٦١٦ وما بعدها - موران (Morin) في القانون والتد سنة ١٩٢٧ س ٣٦ وما بعدها - ديرييه (Derrux) في تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ س ١٥٢ و س ٢١٠ - جوتو (Gouttes) في مبدأ سلطان الإرادة ديجون سنة ١٩٠٩ س ٢٢٧ وما بعدها - هول (Dollé) باريس سنة ١٩٠٥ - فورتييه (Furter) ديجون سنة ١٩٠٩ - بيجون (Piébon) ليون سنة ١٩١٣ - سلوارمي (Savary-Bémy) في مراجعة الشروط النسبية في عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ - ميول (Ménard) في عقد التأمين كشف من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ - ساليه (Salat) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ س ١١ وما بعدها - جوسران في مجموعة دراسات بيني جزء ٢ س ٢٣٣ - وفي مجموعة دراسات لامير جزء ٣ س ١٤٣ - ومقال في مجلة القانون المدني ربح الشهادة سنة ١٩٢٧ س ٢١ - نظرية العقد الموثق س ٢٧٩ - س ٢٨٨ - الدكتور حلي بهجت بدوي س ٢٢٢ س ٢٢٦ - الدكتور أحمد حسان أبو سبيت س ٨٧ س ٨٥ - الدكتور محمد عبد الله المرقي في الإكراه الاقتصادي ليون سنة ١٩٢٤ - الدكتور عبد القم فرج السفة في عقود الإذعان في القانون المصري القديمة سنة ١٩٤٦ .

(١) ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المظم بقود الالتزام (contrats d'adhésion) ، لأن من قبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يتألفه . ومنه نسية اجتماعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة (س ٢٧٩ س ٢٣٠) . وقد أثبتنا أن نسي هذه العقود في البرية بقود الإذعان ، لا يضر به هذا التصريح من سني الاضطراب في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من قده وقضاء ، واعتكفت إلى التفرع الجديد .

الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسلع أو مراقق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتضمنين . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المراقق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة التطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويطلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهي تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية وأخرى تشدد في مسئولية الطرف الآخر ، وهي في مجموعها من التقيد بحيث يفهم فهمها على أوساط الناس .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبيوآخر وسيارات وطائرات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل في الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول في هذه العقود هو كما قلنا إذعان . فاللوجب يعرض لإيجابه في شكل بات نهائي لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذا لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق الرسائل ولا بد له من التثقل والسفر في بعض الأحيان ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى في العبارات الآتية : « القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضمنها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (١) ».

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « القبول في عقود الإذعان يكون مقصوداً على التسليم بشروط مقررة يضمنها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » . ولا غنى عن النص في لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات تقنية أصبح بعدها نص المبدأ في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٧ - ٧١) . والفقرات ١٧٧ فقرات الثانية من قانون الالتزامات البناني .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « من حق عقود الإذعان ، وهي عمرة التطور الاقتصادي في العهد الحضري أن يرد لها مكان في اثنين يطلع =

١١٧ - طبيعة عقود الإذعان : وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى منقسمين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، وينذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول - وعلى رأسهم الأستاذ سالي وتاييه في ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو - فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق لإرادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم (institution) يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً ، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد .

ويرى الفريق الثاني - وهم غالبية فقهاء القانون المدني - أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق لإرادتين ، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه

== إلى مسيرة التقدم الاجتماعي التي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، في رأي بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور المصيق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير عبارة هذا الرأي إلى عايته ، بل اجتراً يذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم الماقد بالشرط المقررة فيها صريحاً من شروط القبول . فتم قبول حتى تتوافق به حقيقة التعاقد . ومع ذلك فليس ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان الماقد ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى الشئ . ويخصى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التي تسرى على عقود التراضي . وقد أفرز المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتصحيحها . وتعتبر عقود الإذعان عن غيرهما بإجتماع شخصيات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتجين . والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قياهنانية معدودة الظاهر بشأنها . والثالث توجيه عرض الاتصاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط مائة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التي يقدمها الأفراد مع شركات الكهرباء والنفز والمياه والشكك الحديدية ، أو مع مصانع البريد والتليفونات والطائرات ، أو مع شركات التأمين » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٨ - ٦٩) .

ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقى ، ولا بتكئين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج السليم هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المسهلكون ويتعاونون على مقاومة التضخم من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع - لا القاضى - لينظم عقود الإذعان .

١١٨ - حكم عقود الإذعان في القانونين القديم والجديد : وقد كانت الحماية في مصر ، في ظل القانون القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام (١) ، فيحترم الشروط المطبوعة في عقد الإيجار (٢) ، وفي عقود التأمين (٣) ، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة (٤) ، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها (٥) ، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها (٦) . إلا أنه مع ذلك يظل الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة (٧) ، ويظل الإعفاء الاتفاقي من

-
- (١) استئناف مخطوط في ٢٠ يولية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ .
 - (٢) عقد الإيجار للؤلؤ فقرة ١٢٩ ص ١٢٩ هامش رقم ٢ .
 - (٣) استئناف مخطوط في ٢٩ يناير سنة ١٩٨٠ م ٢ ص ٣٦٠ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ .
 - (٤) استئناف مخطوط في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جلزت ٢٠ ص ١٠٨ .
 - (٥) استئناف مخطوط في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٥ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلة في ٢٥ يولية سنة ١٩٢١ جلزت ١٢ ص ٣٥ - محكمة القاهرة التجارية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ المعلقة ٢٨ رقم ٤٤٣ ص ١٠٧٦ .
 - (٦) استئناف مخطوط في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٤ - وفي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ .
 - (٧) محكمة مصر الكلية الوضعية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المعلقة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ - محكمة الإسكندرية التجارية المختلة في ٧ نوفمبر سنة ١٩١٥ جلزت ٦ ص ٢٢ .

المستولية (١) ، ويفسر الالتزام في مصلحة الطرف المذعن (٢) ، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة (٣) .

وجاء القانون الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة ، فجعل بذلك للقضاء المصري في ظل القانون القديم سنداً تشريعياً في عهد القانون الجديد ، ومهد أمامه الطريق ليخطو خطوات أوسع في حماية الجانب المذعن . وندع النصوص الخاصة في العقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها . وتقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه وإذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تصفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يغيّر الطرف المذعن منها . وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (٤) . وهذا النص في عمومته وشموله أداة قوية

(١) استئناف مخطوط في ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٧ .

(٢) استئناف مخطوط في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ ص ٢٩٥ . وتتعدد المحاكم في أعمال شرط من شروط الإسقاط في بوليصة التأمين : استئناف مخطوط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٨ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٦ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتماد شركة التأمين على أن يحصل المؤمن له في محل إقامته لستون ألفاً يلغى الشرط القاضي بأن الدفع يكون في محل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازت ٢٠ رقم ٩٣ ص ٨٧) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن يقوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بسس الشروط التصفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يعدل ذلك عملاً لتقدير » . فاقترحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه الآتي : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تصفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يغيّر الطرف المذعن من تنفيذها ، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة عبارة في آخر النص هي ما يأتي : « دون إخلال بحق المذعن في التمييز إن كان له محل » ، لأنه لا يكفي في مثل هذه العقود أن يغيّر القاضي المذعن من تنفيذها ، بل يجب أيضاً تمييزه إن كان للتمييز محل . وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت في موافقتها ورضت هذه الإضافة لأن القواعد العامة تنبئ عن =

في يد القاضى يحمى بها المستهلك من الشروط التصفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضى هو الذى يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تصفياً ، ولا معقب لمحاكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذى أخذ به . فإذا كشف شرطاً تصفياً في عقد إذعان ، فله أن يعدله بما يزيل أثر التصفى ، بل له أن يلغيه ويعنى الطرف المذعن منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضى سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً بخلافته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى : ١٥ - يفسر الشك في مصلحة المدين .
٢ - ومع ذلك ، لا يجوز أن يكون تفسير العبارات المتنافضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (١) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية

== الحكم الوارد في البارة المضافة ، واستبدلت كلمة « منها » بعبارة « من تنفيذها » . وأصبح رقم المادة ١٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٩١ - ص ٢٩٤) .

هنا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذى كان وارداً في المشروع التمهيدي أضيق من نص القانون الجديد في ناحيتين : الأولى أنه يشترط في الشروط التصفية أن يكون الطرف المذعن لم يتنه إليها ، والثانية أن الجزاء على شرط تصفى لم يتنه له الطرف المذعن جاء متطوياً على شيء من النصوص ، فلم يصرح النص بأن القاضى أن يعدل الشرط أو يلغيه ، بل اكتفى بالقول بأنه يجوز للقاضى أن يجعله محلاً للتقدير . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : « في هذا التعلق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط المثار بدعى أن المذعن قد أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا البائد ولرفضه . فالإذعان لا يخلط بالإكراه ، بل لأن التوحيد بينها أمر ينوبه ما يفتنى للتسلل من أسباب الاستغلال . ثم لأن ما يول من حماية إلى البائد المذعن يفتنى أن يكون محلاً لأحكام تصرية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستغلال - أو لتصرطات خاصة » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٩٢) . ولا شك أن النص الذى خرج به القانون الجديد أسهل في معالجة استغلال الطرف المذعن من نص المشروع التمهيدي . وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيده ، فقد كانت البارة الواردة فيه : « أو أن يفتنى الطرف المذعن منها » قد وردت على النحو الآتى : « أو أن يفتنى الطرف المذعن من تنفيذها » ، فرؤى أن الإغناء يكون من الشرط التصفى ذاته لا من تنفيذه غيب .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « يفسر الشك في مصلحة المدين » ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على الوجه الآتى : « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات المتنافضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف ==

المشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيق زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة الماعد المدين ، دائماً كان أو مدينياً . فالمفروض أن الماعد الآخر ، وهو أقوى الماعدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدين عند التعاقد شروطاً واضحة يئنه . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً فى هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨ من التفتين الإسبانى وكذلك المادة ٩١٥ من التفتين النمساوى وهى تنص على أن لإهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه (١) .

المادة الخامسة - القبول فى عقود الجماعة وفى العقود النموذجية :

١١٩ - تضمن المشروع التمهيدى نصين ، أحدهما خاص بقود الجماعة (contrats collectifs) ، والثانى بالقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه وفى عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية ، وترتبط الأقلية بهذا القبول . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعى (contrat collectif du travail) ، وهو العقد الذى ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهناغرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف فى عقد فردى عن نصوص العقد الجماعى . وفى هذا خروج بين

المدين . فضمت الفقرتان فى مادة واحدة فى لجنة المراجعة ، وأصبح رقمها ١٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . ثم وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٥١ (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٢٩٩ - ص ٣٠١) .

(١) مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٣٠٠ - وهذا وقد قضت محكمة الاستئناف المحظلة فى ظل القانون القديم أن عقد التأجير يفسر لصالح المأجر (٢٨ مايو سنة ١٩٤٩ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

على القواعد المدنية ، بعله أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ، وهي على كل حال تنشىء مراكز قانونية منظمة (institutions) .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه وإذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود ، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه . والعقد النموذجى هو الذى تضمنه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود الإيجار النموذجية التى تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات . ويقضى النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلاً فى تعاقدته على عقد نموذجى يتقيد بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفترض أن المتعاقد قد أطلع على ما ورد فيه من الشروط وارتضاها .

وقد حذف هذان النصان فى المشروع النهائى ، حذف الأول لأن مكانته يحسن أن يكون فى تشريع خاص ، وحذف الثانى لوضوح الحكم الوارد فيه (١) .

(١) مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٦٧-٦٨ فى المجلس . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذه النصين فى المشروع التمهيدى ما يأتى : « لا يملأ على القبول فى عقود الجماعة مجرد عرض يغير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك فيصبح القبول سداً على وجه الإطلاق . والمحق أن هذه العقود وهي من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادى الحديث لا تنطوى على خيفة التعبد . وأظهر ما يكون هنا المعنى بالنسبة للأغلبية التى ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترفض ذلك . وقد بلغ من أمر الفترة التى أسابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح «الارتباطات النظامية» أغلب على الألسنة فى هذا المقام من اصطلاح «عقود الجماعة» . وقد دعا وعت قوانين التجارة فى نظام المصلحة فى الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة أخرى أعظم أهمية وأبلغ آراً قد أخذت بظهور عقد السل الجماعى مكانته فى الحياة الاقتصادية الحديثة تحت ضغط حركات البهال والنقابات . فقد ينفق أرباب السل والعمال على قواعد خاصة بعقود السل ، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جيداً سواء فيهم من قبل أو من لم قبل . ويرتب على ذلك بطلان كل حكم فى عقود السل الفردية يتعارض مع نصوص هذا العقد . ويجب التفرقة بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فثالثية حقيقة التعبد . وإحالة الطرفين إلى النموذج الذى تولت وضعه وإقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالنقابات مثلاً) تفترض قبولها للشروط الواردة فيه » . (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٦٨ فى المجلس) .

٢٤ - المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)*

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ - **تحرير الموضوع :** فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين ، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بواسطة نائب عن أى منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك (١) .

وليس الذى يميز ما بين القرضين في حقيقة الأمر هو أن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو ألا يجتمعا في مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففي التعاقد ما بين حاضرين تتمحي هذه الفترة من الزمن ، ويعلم الموجب بالقبول في الوقت الذى يصدر فيه . أما في التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تخفى فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

* بني المراجع : فاليري (Valéry) في التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تطبيقاً لها أيضاً في دالوز ١٩١٣ - ٢ - ١ - سالي في إعلان الإرادة ص ١١٨ - أوبري ورو ٤٤٣ - لوران ١٥٠ - نغرة ٤٧٩ - ديمولوب ٢٤٤ - نغرة ٧٥ - ميك ٧٠ - نغرة ١٨ - إبيدان ٩١ - نغرة ٩٢ - جيلوار في البيع نغرة ١٦ - غنوار ص ٤٧١ - لاروسير ١١٠١ - نغرة ١٩ - بودرى وبارد ١٠٢ - نغرة ٢٧ - بودرى وسينيا نغرة ٣٥ - بلانول وريير وإسمان ١ ص ٢٠٤ وما بعدها - بلانول وريير وبولاجيه ٢٠٤ - نغرة ٣٥٤ وما بعدها - ديموج ٢ ص ٢٤٢ وما بعدها - عيسار ٢ نغرة ١٢٧٤ وما بعدها - بتي (Pottier) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ - أوبر (Aubert) رسالة من باريس سنة ١٨٩٤ - ملركاجي (Maricaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ - موريس (Maurice) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ - كومن (Cohen) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ في القانون القانون - والتون ١ ص ١٩٩ وما بعدها - نظرية العقد للزلف نغرة ٢٨٥ وما بعدها - الدكتور حلي بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوسفيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن في أكثر العقود . ولا يفتنى إلا عقود خاصة تنظم سنن القوانين فيها حضور المتعاقدين بنفسهما في مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بطريق النيابة ، كما يقضى القانون الفرنسى بذلك في الزواج (acte de mariage) وفي عقد الزوجية المال (contrat de mariage) وفي عقد التبني (adoption) .

والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقدًا ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتلفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ما سئرى. ونستطيع أن نتصور تعاقدًا ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين . ويكفى لتحقيق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين افرقا بعد صدور الإيجاب الملتزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله (١) . فالعبارة ليست إذن باتخاذ المجلس أو اختلافه ، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به (٢) .

١٢١ - ماذا يترتب على هذا التحديد - زملعه العقد وعلمه : ومتى وضعت المسألة على النحو الذى قلناه نيين في الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت صدور القبول أم وقت العلم به ؟ فإذا تعين الوقت الذى يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم في المكان الذى يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول : ويتم في المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فرمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه في بعض الفروض ، أهمها التعاقد بالتلفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة

(١) ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أسمى ومما في مجلس واحد ، فلم يسع الموجب القبول ، فكتب له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تنبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر في هذا القرض إيموس وأرمانيون : أسئلة في القانونين المدنى والتجارى الصريح سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ رقم ٥٧) .

(٢) ولا يترتب تعاقدًا بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقًا ثم بين حاضرين شفويًا قبل هذا التبادل ، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين ومما حاضران مما يحس العقد (استئناف مخطط في ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦٠ ص ٢٤٠) . كذلك لا يترتب تعاقدًا بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً على العقد ، فغرض الوكيل مجلس العقد بنى عن حضور الأصل (استئناف مخطط في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٣) .

تعاقدا ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان في جهتين مختلفتين ، فتجري في تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين (١) .
وعلينا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أى مكان .
ونستعرض في ذلك الفقه والقوانين الأجنبية ، ثم نتقل إلى أحكام القانون المصرى .

١ - الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ - مزاهب أربعة في الفقه : الفقه في البلاد التى ليس فيها تشريع يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد - كما في فرنسا وفى مصر فى ظل القانون القديم - متقسم منشعب للرأى ، وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان العقد ومكانه على ما سرى .

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هى كما قدمنا الفترة من

(١) وقد اشتمل المشروع التميدى على نص فى هذا الموضوع ، فنصت المادة ١٤٠ من هذا المشروع على أنه « يعتبر التعاقد بالتقنون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان » . ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لوضوح حكمه . ولدينا فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى مدد هذا النص ما يأتى : « لا يثير التعاقد بالتقنون ، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد . فأنه من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين يخضعون لشقة المكان . وذلك نرى عليه أحكام المادة السابعة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتقنون قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمن انعقاد العقد ، فالعقود بالتقنون لا يفرق عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن الفارق الرسمى بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو فى حكم المعدوم . فليس لفترعة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية ، لأنها شئ واحد . ونحرم على ذلك يعتبر التعاقد بالتقنون تاما فى الوقت الذى يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ، وهذا الوقت بمثابة هو الذى يعلم فيه الموجب بالقبول . ويترب على إعطاء التعاقد بالتقنون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمن انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم يصدر القبول فور الوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هى القاعدة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التقنون أو بأى طريق مماثل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ - ٥٣ فى المجلد) .

الزمن التي تفصل ما بين صدور القبول والعلم به (١). فإذا قلنا إن العبرة في تمام العقد هي بتلاق الإرادتين ، فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاحقاً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاق ، فإن صدور القبول لا يكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاق الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممتنع . بل إن تلاق الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لم تلاق الإرادتان (٢) .

(١) وهناك أمر آخر يقع في التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين إرادة الآخر على غير حقيقتها . فبكثيراً ما يقع في المراسلات البرقية خطأ في نقل ما يريد المرسل تبليغه للمرسل إليه ، فيخذل هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يعلن المشتري أن البائع يرضى عليه البيع بشئ هو دون الثمن الذي يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لولوع خطأ في البرقية التي أرسلها البائع للمشتري . فإذا قبل المشتري التعاقد ، فهل يتم العقد؟ القدر لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما يذهب إليه القضاء في مصر (محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ المصراحي ١ ص ٢٨٨ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦٦ ص ١٥٠ — وفي ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ — وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع المتعاقد الذي أمابه ضرر بالتعويض على المشوّل عن الخطأ الذي وقع . ويستند إلى حسنة المأقة عند الكلام في النقط الذي يقع في نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التيمدي وسيأتي ذكرها) .

(٢) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلحق الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . ولكن هذا القول مردود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقع القابل في حيرة إذ هو لا يدري متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أن اختبار وقت صدور القبول من شأنه ألا يخلص الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يخلص القابل . فلا ميزة لقول على آخر من حيث المصلحة للمتعاقدين .

فليس يعنينا إذن في التعاقد ما بين الثائين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقى الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فعلاً ، فإن هذا وذاك قد يتطوّر تحفته كما قلنا . ولا يبقى أمامنا - وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذى علم فيه الموجب بهذا القبول - إلا أن نختار بين الوقتين ، وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذى أعلن فيه القابل قبوله - وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) - والوقت الذى يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يمكن استرداده بعد ذلك - وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب بفرض علمه به - وهذا هو مذهب تسلّم القبول (système de réception) - والوقت الذى يعلم فيه الموجب فعلاً بالقبول - وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) . هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

١٢٣ - مذهب صدور القبول : أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين . ومضى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هنا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل علوه إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول لإرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

١٢٤ - مذهب تصريح القبول : وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار المذهب الأول ، فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون

أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بحث فعلاً بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لمعامل البرق فبحث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد ، والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

١٢٥ - مذهب تسليم القبول : وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسليم القبول يتجنب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأناً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلاً إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة للمذهب التصدير لا يزيد في قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية : أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل . أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذي نتولى الآن بحثه .

١٢٦ - مذهب العلم بالقبول : والواقع أن المنهيين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عندهما فتنزع عنهما ،

ويرد إليهما . ولمنح العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل لائحة يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً ، فهي لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قرينة على علم الموجب ، ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ - **التأجيل الذي تترتب على المؤخر بمنح موه آخر :** وتقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين ، منح الإعلان ومنح العلم ، في التأجيل الذي تترتب على الأخذ بمنح منهما دون الآخر ، فيبين الفرق بينهما فيما يأتي :

١- إذا عدل الموجب عن إعجابه ووصل المنول إلى علم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لمنح الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمنح العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل المنول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لمنح الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمنح العلم .

٢- إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملكيته تنقل إلى المشتري من وقت تمام العقد ، وتكون الهبة للمشتري من ذلك الوقت أي من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمنح العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمنح الإعلان . وكذلك البيع أي عقد آخر ناقل للملكية .

٣- هناك مواعيد تسري من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد . ففسر هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم ، ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤- في الدعوى البوليصة لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر من مدينه لإضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به في العقد الذي يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن

العلم في العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

٥- العقود التي صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نسيبها من الصحة والبطلان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو في أثناء هذه المدة أو بعد إتوقف عن الدفع أو بعد شهر الإفلاس . فهم إذن معرفة وقت تمام العقد في مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول في مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به في مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذي يؤخذ به .

٦- تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بأن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً في مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً في فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسي إذا أخذنا بمذهب الإعلان . والأخذ بأى المذهبين في تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧- قد يكون ارتكاب جريمة في بعض الفروض متوقفاً على تمام عقد مدنى ، كجريمة التبيد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذي يتصرف بموجبه المبدد في الأشياء التي كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف في أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التي وقعت فيه الجريمة . ومحكمة هذه الجهة هي المحكمة المختصة بالنظر في التبيد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان في بلد غير البلد الذي كان فيه المشتري . فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذي يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذي يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ - القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنيات الأجنبية الحديثة

بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألماني (م ١٣٠) ، والمشروع الفرنسي الإبطال (م ٢ فقرة أولى) . والتقنين التجارى الإيطالى (م ٣٦) ، والتقنين الإسباني (م ٢٦٢ فقرة ثانية) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمذهب تصدير القبول (م ١٠) . ويأخذ التقنين المدنى السورى الجديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نصت

المادة ٩٨ من هذا القانون على أنه يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك. ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السوري والمصري (١). أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالتقضاء منقسم بين منحي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين ، وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (٢) .

ب - أحكام القانون المصري

١٢٩ - القانون القديم : لم يشمل القانون القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فاقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك التقضاء الوطني أو القضاء المختلط . أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمنح العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون السوري الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « واشتمل القسم الأول من الفروع على الالتزامات ، فين في الباب الأول من الكتاب الأول فروعاً يوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهي فروعاً أخذت بجملتها من القانون المصري ، فيها عمداً النفوذ بالمراسلة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والنفوذ اللبناني ، فأصبح العقد بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان ، وذلك لسكونة المللات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تحضى المصلحة بتوحيد النصوص التصريمية في هذا الموضوع بين البلدين لتلازم تنزع من قانونها يؤدي إلى الإضرار بحق ذوي العلاقة » (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ص ١١) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٢٩ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٧٦ . وهناك المسكن يتفقان بزمان العقد . وهناك حكمان آخران يتفقان بمكان العقد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٣٥ - وفي أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ - ١ - ٤٥٠ -

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لم العرض (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ الجمعية الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . وانتظر أيضاً في هذا التي محكمة استئناف مصر في أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحلة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكماً قضى بأن الصلح بالمراسلة يتم حاصلاً من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد (ديبات الجزئية في ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الصادر ٢ ص ٢٥١) ، فهو قد أخذ بمنح تصدير القبول .

واقسم القضاء المخطئ بين ملهى العلم والإعلان (١).
ويقى الفقه فى مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ
بملهى العلم بالقبول (٢) .

(١) فهناك أحكام قضت بأن القيد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز
للموجب أن يرجع فى إيجابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يبدل عن قبوله (محكمة
الاستئناف المخططة فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ - وفى ٩ فبراير سنة ١٩٢٢
م ٣٤ م ١٥٧ - وفى ٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ م ٢٢٦ - محكمة الإسكندرية
المجزئة المخططة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جلزيت ١٢ م ٣٥ - محكمة الإسكندرية
المجبرة المخططة فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جلزيت ١٤ م ٣٤ - وفى ٣ مارس سنة
١٩٢٤ جلزيت ١٥ م ٢٦ - وفى ٣ يونية سنة ١٩٢٤ م ٥٦ م ١٨٠) . وهناك
أحكام أخرى قضت بأن القيد يتم بإعلان القبول (محكمة الاستئناف المخططة فى ٢ ديسمبر
سنة ١٩١٥ م ٢٨ م ٤٣ - وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ١٧٩ - وفى ٩ فبراير
سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٢٧ - محكمة الإسكندرية المجزئة المخططة فى ٥ مارس سنة ١٩٢٨
جلزيت ١٩ م ٢٥٦ - وفى ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ المجلد ٢٢ رقم ٥٩ م ١٥٠) .
وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مخطط فى
٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤٠١ - وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ م ٦٤ - وفى
٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ٩١) .

(٢) من ذلك ما جاء بنظرية القيد للوقت : « يتم للتمريض للعلول المتقدمة بقى من
المهمة إذا أراد أن يختار منها حلاً يرضيه ، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى
وجهة من النظر تختلف عن الأخرى ، وإتمام الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا ، وتباين
التفسيرات الحديثة والقوانين المختلفة فى هذا الموضوع . ولكن التأمل فى المسألة لا يهده إلا
أن يمانى محكمة النقض الفرنسية فى رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شئ إلى نية المتأخرين .
بل هو يرجع فى الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذى أنشأ القيد ابتداءً بإيجابه ورسوم حدوده ،
وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فالجواب إذن هو الذى يبين متى يريد أن يتم القيد
وأين يتم . أما التفسيرات التى وردت فيها نصوص غرض للساعة ، فلا تظنها موافقة فى ذلك .
والذى التزم به الصالح فى نظرنا هو الذى يحضى باتباع إرادة الموجب ، فإذا غمضت هذه الإرادة
ولم يمكن الاعتصام إليها بوضوح فهذا تلبساً إلى الافتراض . وآسن فرض فى تفسير إرادة الموجب
أن يفرض لمعنى فى صالحه ، والأصلح ألا يتم القيد إلا عند علمه بالقبول . فنحن تأخذ إذن
بنظرية العلم بالقبول . ولكن لا تأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التى تذكر عادة فى تأييدها ،
بل تأخذ بها لأنها تنبع عن البعد الأساسى الذى قررناه من أن البعد لإرادة الموجب ، فإذا
لم تتبين له إرادة فرضنا لمعنى فى مصلحته . فإذا كان لنا أن نقرر إدخال تعديل فى التفسير
للمصرى فى هذا الصدد ، فنحن نرى أن يضاف إلى القانون المصرى نص فى هذا المعنى يحضى
بأنه لمعرفة الوقت والمكان الذى يتم فيها القيد بالمراسلة يرجع إلى نية المتأخرين ، وهذه
تعددها لإرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاعتصام إلى معرفة هذه الإرادة فيفرض أن الموجب قد
أراد أن يتم القيد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يصح قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة =

١٣٠ - القانون الجديد: أما القانون الجديد فقد حسم هذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقول . فهو قد وضع المبدأ الأساسى فى تعيين الوقت الذى ينتج فيه التصير من الإرادة أثره ، فنص فى المادة ٩١ على أنه وينتج التصير من الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التصير قرينة على العلم به ما لم يتم الدليل على عكس ذلك . وقد مر الكلام فى هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ فى نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . قضت المادة ٩٧ بما يأتى :

- ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك .
٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القول (١) ، .

ويبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . ومعيد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شيء فى هذا الصدد وما هو الشيء الذى اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة التقص .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانونى خاص ، فيعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقول . وهذا هو مذهب

الموجب الفلانة . ولا بأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . فخلاصة الرأى الذى نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب الصريحة أو الضمنية ، وبلا فائدة الموجب المقروضة ، وهذه الإرادة المقروضة هي التى تتفق مع نظرية العلم بالقول ، على أن يكون استلام القول قرينة بآلة لإثبات العكس على حصول العلم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٥) .

أنظر أيضا فى الفقه المصرى الذى أخذ بمذهب العلم بالقول الدكتور حلمى بيجت بدوى ص ١١١ - ص ١١٢ والدكتور أحمد حشمت أبو سبيت ص ٨٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد فى القانون الجديد مع اختلاف لفظي طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظي ، وأصبح رقم المادة ٩٩ فى المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التشريعية ص ٥٢ - ص ٥٥) . وأنظر أيضا المادة ٢ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الإجمالى .

العلم بالقبول أخذ به القانون الجديد في صراحة ووضوح . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسي الذي تمت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذي تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أى يعلم الملجوب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذي أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهى قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانوني ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسي الذي ورد في العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهى تقضى بأن وصول التصريح عن الإرادة يعتبر قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك - وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسي ، فينبغي أن تفسر على مقتضاها . وقد تقضى النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قلنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتعارف ، فتنبع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد في المادة ٩٩ من تجدد الإيجار تجديداً ضمنياً ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر في العين دون حاجة إلى أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء (١) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمعروف المسمى في هذا الصدد ما يأتي : « تضمن التشريعات الحديثة أحكاماً جديدة تنبئة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد انظر للمعروف منطبق العلم بالقبول ، ولم يجز من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لائحة بسيطة (المراد قرينة قاطعة لإثبات العكس) على حصول العلم به . ويبدو أن هذا الحكم قد جرى حيث تصرف نية المتعاقدين إلى مخالفة صراحة أو ضمناً ، أو حيث يخفى القانون بالمدلول عنه إلى حكم آخر ، كما هي الحال بالنسبة للكون أو التنفيذ الاختياري (وكان المعروف المسمى يشتمل على نص في التنفيذ الاختياري كما قلنا) اللذين ينهما القانون مستقلة القبول . ولعل منطبق العلم هو أقرب المناصب إلى رعاية مصلحة الملجوب . ذلك أن الملجوب هو الذى يتعين التعاقد ، فهو الذى يحدد مضمونه ويحدد شروطه . فمن الطبيعي والمحال منه أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يضل ، أن تكون الإرادة القروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فمنطبق العلم هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضي بأن التصريح عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكانات العلم بمضمونه - انظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المعروف - ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذى يستطيع فيه الملجوب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت . ولم يشر القضاء المصرى على رأى معين في هذا الصدد . فقد اختارت محكمة الاستئناف الأهلية منطبق العلم ، وبوجه =

المطلب الثالث

مرحلة تمهيدية في التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٣١ - **تعاقده غير نهائي** : عايناهما فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا في ذلك إلى مرحلته النهائية ، فראينا كيف يتم العقد على نحو بات نهائي . ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون .

١ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (*)

(Promesse de contrat — Contrat préliminaire)

(Avant — contrat)

١٣٢ - الصور العملية للوعد بالتعاقد وللموافقة الابتدائية : الوعد

بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية : يتوقع شخص حاجة في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع

= خاص في المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ م ١٨٣) . أما محكمة الاستئناف المختلة فمضاهها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ١٥٧ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٢٦) وبين مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ١٧٩ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٢٧) . وليس غم في أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب في المسائل التجارية . على أن مذهب الإصدار (التصدير) قد رددت صداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهل (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤٠١ - ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الترائع ٧ م ٢٥١) . ولم تنح محكمة النقض حتى اليوم فرصة لفصل في هذه المسألة . وعلى من اليان أن النص الذي اختاره المشروع يقضي على هذا الخلاف بأسره . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ م ٥٣ - ٥٤) .

(٥) نص المراجع : دمج - ٢ فترة ٤٦٣ وما بعدها - لوك (Loduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - ديشان (Duchamps) رسالة من باريس سنة ١٩١١ - ساباتييه (Sabatier) رسالة من مونييه سنة ١٩٣٦ - كوهرييه (Cohierie) رسالة من بواتيه سنة ١٩٣٩ - بلاتول وريبير وبولانجي ٢ فترة ٣٤٢ وما بعدها - نظرية العقد للفؤلف فترة ٢٥٩ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي فترة ٦٧ .

شراهما فوراً ، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيقتيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يقتيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراهما في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسلّم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة ، وهذا ما يسمى ببيع الملتاق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل أن يقرض . ويلاحظ في كل هذه الصور - الوعد بالبيع وللوعد بالشراء والوعد بالإقراض - أن العقد ملزم للطالب واحد هو الواعد ، أما الموعد له فلم يلتزم بشيء .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزماً للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحمية أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقل من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال (١) . هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً . ولكن المتعاقدين قد قرروا رهما على إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن ، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضى العقد النهائي في مدة تعين في

(١) وقد كتبنا في بعض هذه الصور أن المتعاقدين يحصلان أن يكون العقد البرم عدلاً نهائياً ، وسيات مع ذلك عدلاً اجتماعياً . والبرة في ذلك بنية المتعاقدين (أنظر الأعروع في لجنة المراجعة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧) .

الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي ، وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملزم للجانبين .

ولنتظر الآن كيف ينقذ الوعد بالتعاقد ، في صورته الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين ، وما الذي يترتب عليه من الآثار .

١- كيف ينقذ الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٣ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بيع الإيجاب

والتعاقد النهائي : الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، عقد كامل لا يبرد لإيجاب . ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائي . وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التي سترورها في هذا الموضوع .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . ويبان هذا أن الواعد بالتعاقد - بالبيع مثلاً - يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقرن به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلاً من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع - أو على بيع تمهيدى في حالة الاتفاق الابتدائي - ولذلك يكون الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، مرحلة دون التعاقد النهائي ، وهو خطوة نحوه .

١٣٤ - ما يلزم يجب الوضوح عليه في الوعد بالتعاقد والوعد

المؤبدائي : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدني الجديد على أن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينقذ إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها (١) . وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلاً من الوعد

(١) تاريخ النص : وردت المادة ١٠١ بقرينها في الفروع التمهيدى (م ١٥٠) على الوجه الآن : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة =

بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي ، فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد . فإن كان يبعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والمثل (١) . وإن كان شركة وجب أن

= التي يجب أن يتم فيها العقد . ٢ - إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدله على الوجه الآتي : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يبدى بوجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد . وأصبح رقم المادة ١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ استنهم عما هو مقصود بالشكل المعين ، فأجيب أن المصود بالشكل هي الرسمية في عرف الفقه والقضاء ، فمثلاً عند المبة لا يتم إلا إذا كتب في ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، الموعود بلفه لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ . (ملاحظة من المؤلف : الكتابة أوسع من الرسمية ، فبعد الشركة في القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً (٥٠٧م) وليس من الضروري أن يكون مكتوباً في ورقة رسمية ، فهو عقد شكل دون أن يكون عقداً رسمياً ، ويترب على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوباً كعقد الشركة ذاته) . واغرض أمام لجنة القانون المدني على كلمته « ابتدائي » الواردة في النص ، إذ هي قد تحدث لبساً ، لأن العمل قد جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية ، فوافقت اللجنة على حذف هذه الكلمة دسماً ليس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ - ٧٢ - ٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات والسويزي والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولوني .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المثل ركن من أركان البيع التي يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانقضائه ، وما يجريه قاضي الموضوع من هذا التثبت - في دعوى صحة التعاقد - يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليتم هذا الإراد شاهداً على أنه لم ينقل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بمقتضاها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالقترخيص بتسجيل الحكم ليقيم مقام العقد في ظل الملكية بجهلا فيه ركن المثل القول بأن البيع تم على أسسه ، فإنه يكون مثبوتاً بقصور أسبابه ، متعيناً تحفه (نقض مدني في ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ من ١٩٣٠) .

يتقيا على المشروع المالى الذى تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتقيا على الشئين اللذين يقع فيما التفاضل ، وهكذا . فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل ، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لا ينعقدان .

وتعين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى أيضاً لاتخاذ الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى . وهذا التعين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد ، وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يمدى تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهنا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المقولة ، وكان فى عناصر القضية ما ينهى لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

١٣٥ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى فى العقود الشكلية :

وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً ، كالمدة والرهن الرسمى والشركة ، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه - ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة - يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد وفى الاتفاق الابتدائى . وهذا ما تقتضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهى تنص على أنه «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد (١) » .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائى الشكل المطلوب وقع باطلاً (٢) . فالوعد بالرهن الرسمى إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلاً ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمى ، لأن هنا يقتضى تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن ، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع . ولا يجوز كذلك أن يقوم المحكم

(١) أنظر حملى فقرة ١٣٤ فى تلخيص هذا النص .

(٢) ويلاحظ أن العقد إذا كان رضائياً ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائياً مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد التامى مكتوباً فى ورقة رسمية . فذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد التامى قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون ، فالعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى .

على الواعد بالتفويض مقام الرهن الرسمى لأن الوعد بالرهن باطل كما قلنا ،
ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمى
دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمى يعلان به إلى
حكم يقوم مقام الرهن الرسمى .

ولكن يجوز أن يؤدي الوعد بالرهن الرسمى غير المقرغ في ورقة رسمية
إلى النتيجة الآتية : يعتبر حصلاً غير معين ثم يلجأ وقبول
وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد .
ولما كان هذا الالتزام يتعلل بتفويضه عيناً ، فلا يبقى إلا التعويض بحكم به
على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدى عملاً إلى نتيجة قريبة
من الرهن الرسمى . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد
ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض (١) .

(١) وقد جاء في الذاكرة الإضاحية للمعروض التميدى في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول
النس حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعدود المقررة للبايعين والعدود المقررة للجانب واحد .
ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التميدى تعديد للناقل الأساسية في التعاقد والمدة التي يتم فيها .
أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاس — على اثنين التفتين البولونى فهو يشترط
الكتابة إطلاقاً في المادة ١٢٢ — إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه
على وجوب استيفاء شكل معين ، ففى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص بشرط الشكل على
الاتفاق التميدى نفسه . ويوجه هذا النظر أن إضفاء هذا الاحتياط يمين على الإنفلات من قيود
الشكل الذى يفرضه القانون ، ما دلم أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا
حكم القضاء بذلك . ويكنى لبلاغ هذه الفاية أن يبدل المتعلقان عن إبرام العقد الذى يرغب
فى الإنفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويصدا إلى عقد اتفاق تميدى أو وعد بإتمام هذا
العقد لا يتوقف فيه الشكل القروض ، ثم يستصعدوا حكماً بمرور إتمام التصاقد بينهما ، وبذلك
يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود لتقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد
بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى آثار قانونية إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإنا صرح أن
مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات
شخصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينشئ عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام
عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد
ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٥) .

هنا ونعتقد الدكتور أبو طافية في رسالته (التصرف القانونى المبرود نسخة فرنسية ص ٦٠
وما بعدها) القانون الجديد في أنه جعل الوعد بالعقد التام — إذا لم يفرغ من الشكل المطلوب —
بملا . وهو يرى وجوب التميز في هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل قد فرضه القانون لمصلحة
الطرفين فيكون الوعد في هذه الحالة ملزماً ، أو فرض لمصلحة الغير حماية لمهمن النفس وإبراراً =

١٣٦ - شروط الانتقادرالعقد في العقد الموعود به ومنه ناهي في

الموعود بالتعاقب والانتقادرالاستثنائي: ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانتقادرالصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قلنا ، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً بجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أي اتفاقاً ابتدائياً) .

== لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة صحيحاً (أنظر في هذا المعنى قانون الالتزامات والى - رى ٢٢٢ م ٢) . ويستند في ذلك إلى أن القانون هو الذى فرض الشكل وهو الذى يبين جزاءه ، فينبغى أن يكون هذا الجزاء مرةً يتلاءم مع الظروف في كل حالة ما دام الشكل أمراً نابعاً عن الإرادة ولا يبنى عنها .

ونحن نعلم مع الدكتور أبو عافية بأن الشكل في القانون الحديث وظيفته الخارجية لادخالية وأنه لا يبنى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صنع القانون ، وهو الذى يبين له الجزاء السكفى في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يتوف الشكل المطلوب ببطلان لآرء عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجزته كإحدى المبالغة شكلاً (٤٨٩ م جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يجبل أن يتشكل ، وأن يتنج به في فرض دون فرض كما في شركات التأمين والتوصية . بل إن هذا هو أيضاً شأن الشكل لدى الوظيفة الباطنية — كما كان الأمر في القانون الرومانى — إذ القانون استغل هنا كذلك صنع الشكل ، وأمن في ذلك إلى حد أن استغنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المصراع أن يجعل الوعد بالعقد الشكلى شكلياً مثله ، وأن يرتب على الإخلال بهذا الشكل بطلان الوعد — دون خرقه بين ما إذا كان الشكل لصحة المتعاقدين أو لصحة التبر وهي خرقه تنق في كثير من الأحيان — فله ذلك . وهو لا يخل في هذا بطلان الإرادة مادام قد ميز الوعد بالعقد والترض به عن بعض اتفاق ملزم إلى جعله سبيلاً للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائى . إذ لا يجوز في طيبة الأشياء أن الوعد بعقد شكلى يؤدي مباشرة إلى هذا العقد الشكلى ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً في الشكل المطلوب ، وإلا جاز دائماً التعايل على الشكل .

ولكن لا يجوز للمصراع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن ينكر على أى وعد قوته الجزمة حتى لو لم يفرغ في الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بقدر معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى ، وهو ملزم على كل حال . وأما يجب على المصراع أن ينكر على هذا الاتفاق أن يؤدي مباشرة إلى العقد الشكلى الكامل ما لم يكن مفرغاً في الشكل المطلوب . وهذا هو ما قرره المحكمة الإسماعيلية للمصراع التيمى ، وهو ما انتقده الدكتور أبو عافية في رسالته دون نظر إلى الاجتهادات التى لمعتلها .

ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانيين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الاتفاق الابتدائي . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانِب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلاً لتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حُجِر عليه مثلاً (١) .

وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضا بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلزم بشيء وقت الوعد وإنما يلزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد وقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضا في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانِب واحد أو ملزماً للجانيين فإن مشروعية المحل والسبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

ب - الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٧ - مرملته بفصلهما ملول الميعاد أو ظهور الرغبة: إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانيين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانِب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي .

(١) ويشترط طبعاً ألا يقع أي تعديل فيما التزم به الواعد وقت الوعد (أنظر في هذا المعنى ديجوخ ٢ هـ ٢٦ - لاندول وريبير وإيدين ١ هـ ١١٥) .

١٣٨ - قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة: في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يرتب إلا التزامات ، حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع . يتبين ذلك في الاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم للجانبين) ، فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً ، في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي ، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً في الوعد الملزم لجانب واحد ، فإن الواعد وحده يرتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، وهذا أيضاً هو التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء .

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع ، وتم اتفاق ابتدائي ملزم للجانبين على عقده ، أو تم وعد ملزم لجانب واحد ، فإن الموعود له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . ويرتب على ذلك أمران لا يغفلان من أهمية عملية :

(أولاً) يبقى الواعد مالِكاً للشيء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشيء قضاء وقدرأ تحمل الواعد تبعه هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي ، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسؤولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاء وقدرأ (١) .

(١) وكهناك الشيء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعه ، ولكن لا يكون مسؤولاً عن الضمان . وقد فصت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يجب على الواعد نزع ملكية بعض العين لنفسه العامة ، لأن نزع ملكية المبيع يجري عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، وبموجب لزوم النقل لا يضمن عنه الواعد بالبيع (قس مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٢٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ س ٢٤٠) .

١٣٩ - بمرحلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتحل : في الاتفاق الابتدائي الملزم للجائين ، بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد ألزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي ، وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذي سمينه قياً إلى . متى وقع التعاقد النهائي ألزم كل من المتعاقدين بأحكامه (١) .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد . أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه ، فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد (٢) ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلاً شخصياً من الواعد ، في حالتي الوعد الملزم للجائين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل ، فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده ، وقام المحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام عقد البيع ، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب ، فقد قلنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي

(١) وإذا اختلف العقد النهائي عن الاتفاق الابتدائي فالمرّة بالحد النهائي فهو الذي تم عليه الاتفاق نهائياً . وقد نصت محكمة النقص ، تطبيقاً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيما حله من وقائع الدعوى تعدد الترافعات كل من طرق التعاقد نوبة لمرّة للقصر منها قد وجب إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلقت سرّوطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت الملائقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (قس مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقص بأنه إذا اضطر الطرفان على أن أحدهما الجائر في مدة معينة أن يشتري العين ، فإن صاحب الجائر لا يتدخل من التعديلات إلا عند عدم قبول التعاقد في الفترة المحددة للاختيار . أما إذا قبل التعاقد فإنه يصح مثولاً عن تنفيذه ومثولاً بالتعديلات في حالة عدم التنفيذ (قس مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠) .

على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بقصد شكل قد استوفى الشكل
الواجب ، فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص
عليها القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٠٢ ، فهي تقضى بأنه
إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ
الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتأم العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ،
متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد (١) .

§ - ٢ المربون

(Les arrhes)

١٤٥- المربون ودلائله في القوانين المدنية : يتفق أحياناً أن يدفع
أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من
النقد - يسمى المربون . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ،
فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن ، أو من الأجرة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« إذا وعد شخص بإبرام عقد ، واستنع عن تنفيذه ، وجاز للحكمة أن تحمله - إلا لتنفيذ
إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها
بالشكل ، متوافرة . فإذا لم يتم إبرام العقد في أجل المحدد ، يقوم الحكم ، متى حاز قوة الشيء
المحكوم فيه ، مقام العقد . ولا تل النص في لجنة المراجعة على أن هذا المادة لا تعرض لصحة التي
يوجد فيها عقد يسمى خطأ بالعقد الابتدائي وهو في الواقع عقد نهائي ، لأن هذه المادة تنص صراحة
عليها في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدي (قابل المادة ٢١٠ من قانون الجديد) ، وإنما
يبرهن النص خطأ ما إذا وجد عقد ابتدائي بالحق الصحيح يتلوه عقد نهائي ، لا سيما إذا كان
العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمي ، ففي وجد وعد برهن رسمي مثلاً ، وكان هذا الوعد
قد استوفى الشروط الشكلية ، جاز إذا لم ينفذ الراعد وعده أن يبرهن على ذلك ، ويقوم الحكم
مقام العقد النهائي . وهذا الحكم ليس مقطوعاً به في القانون الحالي فوجب النص حتى يزول كل
شك . فأثير اعتراض على تحديد أجل التنفيذ ، واستقر الرأي بعد المناقشة على حذف هذا
الفرط ، وأصبحت المادة في نصها النهائي كما يأتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ،
وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق
منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به ، مقام العقد . وأصبح رقم
المادة ١٠٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة
القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « تمام العقد » بعبارة « لصحة العقد » ،
وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال
التشريعية ٢ ص ٢٧ - ٢٩) - أنظر أيضاً المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون
البرلوني .

ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في المدول عن العقد بأن يدفع من يريد المدول قدر هذا العيوب الطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العيوب .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة المدول (١) ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت (٢) . وغنى عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العيوب هو غير ما يؤخذ من دلالة المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

١٤١ - **العريون في القانون المصري القديم** : لم يرد نص عن هذه المسألة في القانون المدني القديم ، فكان القضاء المصري يتردد بين الدالتين (٣) .

(١) أنظر مثلاً المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي والمادة ١٢١٧ من القانون الإيطالي القديم . ومع ذلك انظر المادة ١٧٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي .
(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألماني والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٧٤ من القانون البولوني .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط العيوب لا يدل على جواز المدول بل على إثبات حق الفسخ مع تعديد التوضي الواجب عند التخلف عن الوفاء (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤) ، على أن للشئى الذى يقدر العيوب بسبب التخلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إلهام الدليل على أن البائع لم يصبه ضرر من جراء ذلك على قيس ما يجرى بشأن الشرط الجزائى (١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢) ، وقضت كذلك بأن العيوب قد يدل على الثبات (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

وفي دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العيوب في حالة التثبوت يدل على جواز المدول (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ الحاملة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ الحاملة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان العيوب دليل المدول لوقت معين ، فلا يجوز المدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يبين وقت لجواز المدول فيجوز المدول لوقت التنفيذ . وبأنه لا يجوز إساءة استعمال الحق في المدول ، فالبايع الذى أظهر نيته في أن يحسب في العقد دون استعمال حقه في المدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها عدل بعد ذلك فجاء لا يقتصر على خسارة العيوب بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءة استعمال حقه في المدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥) .

وكان في ذلك يأخذ بذية المتعاقدين (١) . ويضرب هذه البذية عند غموضها في ظل
العرف الجارى . والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار . ففي البيع
تكون دلالة العريون في العقد الابتدائي جواز المدول وفي العقد النهائي
التأكيد والبث (٢) . أما في الإيجار فالعريون دليل على التأكيد والبث لا على
جواز المدول ، ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذا للعقد .

١٤٢ - المرسوم في القانون المسمى المبرر : أخذ القانون المدني

الجديد ، حسما للخلاف والردد ، بدلالة جواز المدول . ومن هنا كان العقد
المقترن بعريون مرحلة غير بارة في التعاقد النهائي ، إذ يجوز المدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

١ - دفع العريون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق

في المدول عنه ، ٢ إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العريون هو ما يقدمه أحد المتعاقدين إلى الآخر عند إنشاء
العقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل أحدهما مبرا بينها على وجه نهائي ، وقد
يريدان أن يجعل لكل منهما الحق في إضفاء العقد أو قطعه ، وفيه المتعاقدين هي وحدهما التي
يجب التوصل إليها في إعطاء العريون حكم القانون . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص
العقد أن بذية عاقديه انقضت على تعامه ، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عريون مأمور في الواقع
إلا بذية التوضيح التي انتفا على استحقاقه عند الفسخ المبرر عن نصيب أحد المتعاقدين في الوفاء
بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من بذية المتعاقدين على هذا النحو نصيباً للعقد
تحتله عباراته ، فذلك يدخل في سلطات التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض
(نقض مدني في ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ من ١٣٧) . وقضت محكمة
الاستئناف المختطة بأن دلالة العريون ، وقد تكون للتأكيد العقد لاجواز المدول عنه ،
ترك لتفسير نية المتعاقدين (٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٥٧) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العريون وقت تحرير العقد الابتدائي كان
هنا دليلا على جواز المدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائي فلا يجوز المدول (٢١ فبراير
سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩) - وقضت محكمة الاستئناف المختطة بأن العريون
في العقد الابتدائي دليل على جواز المدول ، وفي العقد النهائي دليل على البث : ١٧ ديسمبر
سنة ١٩١٩ م ٣٢ من ٧٤ (عقد ابتدائي) - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٢٢ - ٧
فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٠٢ - ٤ نوفمبر
سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ١١ (عقد نهائي) - ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢١٥ (وهو الحكم
الذي سبقت الإشارة إليه) - محكمة الإسكندرية الكلية المختطة في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤
م ٥٩ من ١٠٣ .

٢٠ - فإذا عدل من دفع الريون قفده ، وإذا عدل من قبضه رد ضفقه ،
هنا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر (١) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم ينفق
المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في التعاقد ، كان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - يكون الريون للدفع وقت إبرام العقد دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه يجوز
العدول عنه ، إلا إذا قضى الاخلاق أو العرف بغير ذلك . ٢٠ - فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ
العقد ، فله التعاقد الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ . وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالريون
الذي قبضه أو أن يطالب بحذف الريون الذي دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أى ضرر .
هنا مع عدم الإخلال بمقتضى استكمال التصويض إلى النص الأمردك . ٣ - وبسرى حكم هذه
المادة أي كانت الألفاظ التي عبر بها المتعاقدان عن الريون . ولما تولى التصديق لجنة المراجعة
أقرته اللجنة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٥ بعد إدخال نص الفقرة الأولى بالنص الآتي :
١٥ - دفع الريون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى
الاخلاق أو العرف بغير ذلك . . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون
المدني بمجلس الشيوخ نوقشت المادة تضييلاً ، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم مخالف مآثرته ،
ولذلك في تقريرها ما يأتي : « رأت اللجنة أن تأخذ بحكم مخالف مآثرته المادة تضييلاً مع العرف ،
فصلت الفقرة الأولى بـ «تسديد عبارة» لكسر من المتعاقدين الحق في العدول عنه . ، بـ «بطلان
العقوبات لا يجوز العدول عنه» ، وحذف عبارة «أو العرف» لرواها وجه الحاجة إليها بعد
التعديل ، ولستأخذ عن الفقرة الثانية بالنص الآتي : «فإذا عدل من دفع الريون قفده ، وإذا
عدل من قبضه رد ضفقه» ، ولم يترتب على العدول ضرر . وقد صدرت اللجنة في هذه الإضافة
عن وجوب التضيي مع العرف ، ولم تر حاجة للإبقاء على الفقرة الثالثة فحذفها فترك الأمر لتقدير
نية المتعاقدين لتقدير القاضي . وأصبح النص كالآتي : ١٥ - دفع الريون وقت إبرام العقد
يفيد أن لكسر من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاخلاق بغير ذلك . ٢ - فإذا
عدل من دفع الريون قفده ، وإذا عدل من قبضه رد ضفقه . هنا ولو لم يترتب على العدول أى
ضرر . وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة
الأعمال التصحيحية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٩ - وراجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في
ص ٨٩ - ص ٨٩) .

هنا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و ١٥٤ من هذا
المشروع . قصت المادة ١٥٣ على ما يأتي :

١٥ - إذا أخذ الالتزام الذي من أجله دفع الريون خصم الريون من قيمة هذا الالتزام ،
فإذا استحال الخصم استرد الريون من دفعه . ٢ - وعين كيفك رد الريون إذا استحال
تنفيذ العقد لطرف لا يكون أحد من المتعاقدين مسؤولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد بخلاً من
المتعاقدين أو بائناً بينهما . وقد حذف هذا التصريح لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء عنه اكتفاءً
بمطابق القواعد العامة . ونصت المادة ١٥٤ على ما يأتي : « إذا اخفق المتعاقدان على أن =

دلله دليلاً على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد ، يستوى في ذلك البيع والإيجار وأى عقد آخر . فإذا لم يسل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التى يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العريون تفضيلاً جزئياً له ، ووجب استكمال التفضيل . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التى يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العريون . جزاء العدول . فإذا كان هو الذى دفع العريون فإنه يفقده ، ويصبح العريون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العريون ، فإنه يردده ويرد مثله ، أى يرد ضعيه (١) ، للطرف الآخر ، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العريون جزاء عدوله عن العقد . ويلاحظ أن النص يترتب التزاماً بدفع قيمة العريون في ذمة الطرف الذى عدل عن العقد ، لا تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص ، بل تفسيراً لنية المتعاقدين ، فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العريون ، فجعل العريون مقابلاً لحق العدول . وفي هذا يختلف العريون عن الشرط الجزائى ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً

== العريون دليل على جواز العدول عن العقد ، كان لكل منهما حق العدول ، فإن عدل من دفع العريون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعيه . وقد حذف لجنة القانونيين مجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال القصيرة ٢ من ٨٠ - من ٨٢ في المجلد).

(١) الصحيح لغة «ضعيه» لا «ضعه» كما ورد في نص القانون . قاله هو اللك ، والمتان ضمان لا ضف واحد . وضف التى منه في القدر أو منه وزيادة غير مضمرة . وقد أخطر القانون الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضحين . مؤثراً ذلك الخطأ المشهور على هذا السواب المجهور ، حتى يجنب الناس في صدد تصور تعرية الخطأ في تطبيقها يؤدى إلى نتائج عملية خطيرة .

إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وسأتى بيان ذلك عند الكلام فى الشرط الجزائى (١) .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع المبرون إنما كان تأكيداً للعقد لا لإثبات حق المدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما المدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر المبرون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالُه . ويجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العملى أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر المبرون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر .

المبحث الثانى

محة التراضى

١٤٣ - **المادة ٢٢٣ و٢٢٤** : كل ما قلناه إنما هو فى وجود التراضى . ولا يكتفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون

(١) أنظر المواد ٢٢٣-٢٢٤ من القانون الجديد . ويختلف المبرون عن الشرط الجزائى أيضاً فى التكيف القانونى .

فالمبرون الذى يدفع فى مقابل المدول عن العقد يمكن تكيفه بأنه بدل فى التزام بدلى . ويكون الدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد فى العقد وراثياً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرا ختمه من الالتزام وينقطع الحق المقابل إذا هو أدى المبرون (٢٧٨م) . ومؤدى ذلك أن المدول فى حالة دفع المبرون لا يكون عن العقد فى حله ، بل عن الالتزام الأصل والحق المقابل له ، والمبرون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شرطيه وهو البذل ، لا عدول عنه فى حله .

أما الشرط الجزائى فكالتعويض تماماً ، بل هو تعويض مقدّر اتفق عليه المتعاقدان مقدساً . فالتكيف القانونى للشرط الجزائى هو ذات التكيف القانونى للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض بدل فى التزام بدلى ، لأن الدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصل تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . ولا هو أحد الحلين فى التزام تخييرى ، فلذلك لا يخير بينه وبين التنفيذ العملى إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للدائن كذلك بين الحلين إذا ختم الدين بالتنفيذ العملى .

مصححاً . والراضى لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم تكن لإرادة أحد المتعاقدين مشوبة بسبب (١) . وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية (*)

(La capacité)

١٤٤ - القانون المبرم والقانون المبرر : اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية الحقيقية والأهلية المطلقة (م ١٢٩ - ١٣٠ / ١٨٩ - ١٩٠ قديم) ، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو إبطال العقد (م ١٣١ - ١٣٢ / ١٩١ - ١٩٢ قديم) .

أما القانون الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر في ١٣ يولييه سنة ١٩٤٧) في كثير من الأحكام التي تطبق

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٢ من هذا المشروع يجري بما يأتي : « يجوز إبطال العقد : أولاً - لعدم توافق الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً - لغير الرضا » . ولا تلي هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يحدد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٠ في المامشي) .

(٢) بني المراجع : دمج ٢ فقرة ٦٦١ وما بعدها - كاييتان في مقدمة القانون ١٤٤

وما بعدها - بنكاز نسخة مبسوط بودري جزء ٤ - بلاتول وريبر وبولانجي فقرة ١٤٥ وما بعدها - خشي زغلول في شرح القانون المسمى ص ٢٦ وما بعدها - الخلوغ والتوضيح ص ٢٢٦ وما بعدها - مرشد المبران م ٢٦٨ - ٢٨٤ - شرح المجلة للأستاذ سليم بلز ص ٢٤٤ وما بعدها - مقال للأستاذ أحمد إبراهيم بك في مجلة القانون والاتصالية الأولى - مقال للأستاذ عزيز بك خانكي في مع غلرات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ - ص ٢٠٧) . مقال للأستاذ حافظ رمضان (بلشا) في تصرفات المجهور عليه قبل وبعد الحجر في المأمارة الثانية الأولى - مقال للأستاذ أحمد نتأت بك في الملة الموجب للحجر في المأمارة الثانية الرابعة - والون ١ ص ٣٤٧ وما بعدها - نظرية العقد للزلف فقرة ٣١٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٣ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوستيت فقرة ١٣٨ وما بعدها .

على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شرط من قانون الأحوال الشخصية تم تويده للمصريين كافة . أما الأجانب فنطبق عليهم قوانين جنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) (١).

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم نتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون الجديد .

١ - النظرية العامة في الأهلية

١٤٥ - أهلية الرجوع : يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) .

ويعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان - بعد أن أبطل الرق - شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب . وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتباري شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في نظرية عامة في الأهلية ما يأتي:
« اكتفى في أهلية التصرف بالنسبة إلى اعتبار الشخص أهلاً للتصرف ما لم يجر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سبب ما تعلق منها بعدد ما يكون لاندماج الأهلية أو بعضها من أثر في صحة الرضاء . أما التفصيلات فنوضحها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير عمل للإبقاء على نص المادة ١٢٩/١٨٩ من القانونين الحاليين لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهي مسألة من مسائل التنظيم الموضوعي . أما المادة ١٣٠/١٩٠ من القانونين الحاليين ، وهي الخاصة بصحة القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان ١٣١ - ١٣٢/١٩١ - ١٩٢ الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإبراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها النص ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين في النصوص التمهيدية ، والمادتان الأخريتان وردتا في سياق قواعد البطلان » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ١٠٩) .

ليست في الواقع إلا القابلة لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فلذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنيح يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكالرقيق في القوانين التي كانت تبيع الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت اللدني في القوانين التي كانت تبيع ذلك ، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية (١) .

(١) هذا وقد صدر حكمان متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما بمنزف بالقوانين المسيحية في الرهبنة ويطبقها على أنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١) والمطالبة ١٢ رقم ٣٦٤ (٧٤٤) ، والمحكم الثاني يحضى بمكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهبنة قوانين دينية محضة لا بمنزف بها القانون ، وهي مخالفة لقوانين الأهلية التي تعتبر من النظام العام ، وأن مجرد الرهبنة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لا بد من اتخاذ الطريق القانونية لذلك كأن توجب لدير أو توفى عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١) المطالبة ١٢ رقم ٣٦٥ (٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يحضى بأن الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اخضعت الرهبان بعض المزايا فأعزتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجزئية ، والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بتزيب واختصاصات المجلس إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن الرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يختص الراهب بعد انخراطه في سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . ويترتب على ذلك أن الأموال التي تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو ببها تصبح ملكاً للبيعة . ولحكم المضمون فيه إذ عد الطران مالاً ملكاً لا اشتراه وقت أن كان شاغلاً منصب الدين لمجرد أن القود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ في عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة لعلاقة المال بين الرهبان والكنيسة حال كونها قانون الطرفين (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولاً) ما يملك الراهب قبل دخوله في الرهبنة — وكذلك ما يملك حتى بعد دخوله في الرهبنة عن ميراث أو وصية — فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله في الرهبنة فحينذاك يخالف لنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله في سلك الرهبنة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لا لأن شخصه انعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها لنظام العام ، نائباً عن الكنيسة في تلك حصة الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد في كتاب القوانين لآل سال (طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٣١٥) : «ليكن مروعاً ما لا يستفاد من شيء ، وليكن مروعاً ما للبيعة ، لكي ما يكون له سلطان على ما كان له ليطبع فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد ... فأما ما اقتناه بعد الأسقية فهو للبيعة ، ليس له أن يورس في شيء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو إخوة أو أهل» .

١٤٦ - أهلية الأداء : وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق . ويقع أن توافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتماً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً . والذي يعنينا هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ - عقود اغتناء ، وهي عقود يعتنى من يابشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالمدة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ - عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ - عقود تصرف ، وترد على الشيء لتصرف فيه بعوض كالباع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري . ٤ - عقود تبرع ، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالمدة بالنسبة إلى الوهاب .

فن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الإغناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معلومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

١٤٧ - تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلتبس بها : الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لاتصدر إلا عن تمييز . فن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن النائب . كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والنائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ،

بل يقال إن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير . أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ، ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص المنوع كما في نقص الأهلية . ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلّا في حدود معينة ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة . ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلّا بإذن زوجها . وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف ، كما إذا أجازت الورثة في الحالة الأولى أو انقضت عرى الزوجية في الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص ، أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال^(١).

١٤٨ - الأصل في الشخص أنه يكره له أهلية : والمفروض في الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها . وهنا

(١) وسرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، وانحكى عليه بقوة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تهررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام الأهلية في هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعدل غير المشروع أو بالإجراء دون سبب فليس تمييزاً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو القدر (أو العدل القانوني بوجه عام) فن شروط الأهلية ، وسلبها التمييز كما قلنا . وإن كان المصدر هو العدل غير المشروع فلا بد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، فالتمييز ركن في الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً في بعض الأحوال فيسأل غير المدير عن عمله الضار . أما الالتزام بالإجراء دون سبب فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المألوف التحدث عن الأهلية في هذه المواضع ، وقد جربنا هذا المألوف في بعض الأحيان .

ما قضت به المادة ١٠٩ إذ نصت على أن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (١) » .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه (٢) . فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان له أن يطال العقد الذي صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية (٣) . أما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ، فعلى أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مستولاً عن التعويض للفشل الذي صدر منه . وهذا ما تنص به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يكون أهلاً للتعاقد كل من لا يجرى القانون عدم أهليته » . ولا عرض النص على لجنة المراجعة عدلته كما يأتي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١١٢ . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » لأن القانون لا يسلب الأهلية ، فقد يكون الشخص مجنوناً لم يحجر عليه بعد ويكون مع ذلك أهلاً للتعاقد ، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المسادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ - ١١٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل في الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض ، وذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذا أثبت مدعى الخلاف طرؤه عارض فقد الأهلية على ذلك التعاقد قبل العقد (١٨ يولية سنة ١٨٩١ الموافق ٦ ص ١٩١ - ٢١ يولية سنة ١٨٩١ الموافق ٧ ص ٢٢٥) - أظن أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦ ، وفي ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع التبر أن يحري عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا ف عليه أن يحصل تبعة تقصيره وإهماله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس المحسب استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثماني عشرة سنة أن يسلك بصحة عقد البيع ارتكاً على أن ذلك القرار لم ينصر بالبريدة الرسمية (١٥ فبراير سنة ١٩٢١ المحسوبة الرسمية ٢٢ رقم ٦٢ . وانظر أيضاً محكمة بنى سويف الابتدائية في ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحللة ٩ ص ٥٢٤) .

احتمالية ليخفى نقص أهليته (١) . ولا يكتفى لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتمالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذي قضى به النص الصريح في القانون الجديد كان القضاء المصري يعمل به في ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة (٢) .

١٤٩- **أحكام المرافعة من النظام العام: وأحكام الأهلية من النظام العام** ، فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيها نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتمالية ليخفى قصره ، أما إذا انصرف على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فحين ذلك لا يمنعه من التمسك بالإعلان » . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غشياً من نس يميز لناقص الأهلية لإبطال العقد ، فينبغي أن يثبت هذا الحكم في صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تعدل المادة على الوجه الآتي : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتمالية ليخفى قصره » . وأصبح رقم المادة ١٧٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن تسمى عن عبارة « ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته ألغى بعبارة » وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتمالية لإخفاء قصر أهليته » . فالحالة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاؤ القاصر (وبغيره من ناقص الأهلية) إلى طرق احتمالية لإخفاء قصر أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجري القواعد العامة المتصلة بالمسئولية التصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض . وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ١٢٣ - ١٢٨) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ ديسمبر ١٩١٤ م ٢٦ ص ١١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رغب المشتري دعوى على البائع مطالبه فيها بصومه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التي تعالده معه عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعيها أن البائع دلل على أنه أوفى به بأنه تام الأهلية في حين أنه كان مجبوراً عليه ، فرضت المحكمة الدعوى على أساس مسئولياته من ظروفها وواقعها من أن كل يلومع من البائع هو أنه تظاهر للمشتري أنه كامل الأهلية وهذا لا يبعد أن يكون مجرد كذب لا يستوجب سامة عقربه شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها في ذلك فالحالت الواقعة الثانية في الدعوى مؤيدة فضلاً إليه (نفس الجنائي ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحللة ٢٧ رقم ١٤٩ ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً في هذا المعنى نفس مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٨ ص ٣٥٢) .

الانقاص منها . وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا . وإلى تشير المادة ٤٨ من القانون الجديد إذ تنص على أنه وليس لأحد النزول عن أهليته ولا لتعديل في أحكامها .

٢٤ - أحكام الأهلية

في قانون المدني الجديد وقانون المحاكم الحسبية

١٥٠ - العوامل التي تؤثر بها الأهلية : لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قلنا ، فهي تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تقع أولاً تقع من شأنها أن تؤثر في التمييز ، كالجنون والمته والمغفلة (١) .

١ - تأثير الأهلية بالسن

١٥١ - الأوتوبر الطبيعية في حياة الإنسان : الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ - من وقت ولادته إلى سن التمييز ٢ - من سن التمييز إلى سن البلوغ ٣ - من سن البلوغ إلى الموت

١٥٢ - الصبي غير المميز : تقلد سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر قاصداً للتمييز معلوم الأهلية (م ٤٥قرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه وليس للصبي غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٤ من هذا المشروع ، جرت بما يأتي : « يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية في تحديد ما يكون لا نعام أهلية الأداء أو خصها من آخر في صحة الرضاء » . ولا تل هذا النص في لجنة المراجعة ، ذكر أن المادة بالملة التي هي عليها لا تؤدي إلى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق في هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتي : « ينظم الأهلية قانون خاص » . ثم رأيت اللجنة حذف هذا النص والاستعانة عنه بالمواد ١١٣ - ١١٨ في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ - ص ١١٣ في الملاحق) .

جميع تصرفاته باطلة (١) . فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد . وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاعتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ، فلا تكون لإرادته أثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولى الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح . وبهذا تنقضى المادة ٧ من من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن : للأب ثم للجد الصحيح (٢) الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن ينتهى عنها إلا بإذن المحكمة . فإذا لم يكن للصغير ولى ، ولم يعين الأب وصياً مختاراً (٣) ،

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل إن حكم هذه المادة والمواد التي تليها من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فما المحكمة في إيرادها هنا في القانون المدني ؟ وسئل هل هذه التصويص تسرى على الأجانب ؟ فأجيب أن المشرع أراد بوضع هذه الأحكام في صلب القانون المدني عدم الرجوع إلى أحكامها في الشريعة الإسلامية ، وقد احتاط المشرع في قانون المحاكم الحسبية بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلاً عن أنه يتفاد من المبادئ العامة التي نص عليها في الباب الأول من مشروع القانون العروسي أنها تتضمن أحكاماً عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يختص بين الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهلية العليا فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعديل وأصبح نصها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ١١٢ ص ١١٤) .

(٢) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولي تشمل الأب وولده سماً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قاصر .

(٣) والظاهر أن قانون المحاكم الحسبية الجديد يقدم الجد على وصي الأب وإن لم يورد نصاً صريحاً في ذلك . وهناك خلاف في المنصب الخفي هل يتقدم الجد على وصي الأب أو وصي الأب هو الذي يتقدم ، فيأخذ الإمام محمد بالرأى الأول ، ويذهب الإمام الأكر إلى الرأى الثاني . وكان القضاء المصري في مجموعته قبل صدور قانون المحاكم الحسبية الجديد يأخذ برأى الإمام الأكر ويتقدم وصي الأب على الجد (محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ مارس سنة ١٨٩٣ المحقوق ٨ ص ٦٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٧٤٧ - المجلس المسي العالي في ١٩ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٣ ص ٣٧ . وانظر حكماً قضى بعكس ذلك تقدم الجد على وصي الأب من محكمة الاستئناف الروسية في ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ المحقوق ١٠ ص ١٢ والقضاء ٢ ص ١٢٣) .

تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تنص به المادة ١٥ من قانون المحاكم
الحسية إذ تنص على أنه وإذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار
تعين المحكمة وصياً .

أما الحدود التي يتصرف في نطاقها الولي والوصي في مال القاصر فرسومة
في قانون المحاكم الحسية وفي قواعد الشريعة الإسلامية . وإلى هذا تشير
المادة ١١٨ من القانون المدني الجديد إذ تنص على أن والتصرفات الصادرة من
الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون (١) .
وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه ويخضع فاقبلو الأهلية
وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط
ووفقاً للقواعد المقررة في القانون .

فلولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاعتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف ،
حتى بالغين البسير ، ولكن الغبن الفاحش لا يجوز . أما أهلية التبرع فلا
يستطيع الولي أن يباشرها ، إلا أن يكون التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي
وأذنت به المحكمة ، (أنظر المادة ٩ من قانون المحاكم الحسية) . ويجوز
للمحكمة أن تعد من ولاية الولي أو أن تسلبه إياها ، وإذا أصبحت أموال القاصر
في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليها منه
(م ١٠ من قانون المحاكم الحسية) .

وولاية الوصي - اختاره الأب أو أقامه القاضي - أضيق من ولاية الولي .
فهو يباشر عن الصغير أهلية الاعتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقررة
بشرط فيجب إذن المحكمة في القبول أو الرفض . ويباشر أهلية الإدارة ،
ولكن لا بد من إذن المحكمة : في إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث
سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في الباني ، وفي إيجار عقار
القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ، وفي استثمار
الأموال ، وتصفيها ، واقتراض المال للقاصر ، وفي الإتفاق من مال القاصر

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي
وضعت تحت رقم المادة ١٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون
المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ١٣٢
ص ١٣٣) .

على من تجب عليه نفقهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة ، وفي الوفاء بالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ . وفيما يصرف في ترويج القاصر . (أنظر في كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . ويأمر أهلية التصرف ولكن لا بد دائماً من إذن المحكمة ، سواء كان التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات النافذة للملكية أو المرتبة لحق عيني . ويدخل في ذلك تحويل الديون التي تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه . والتنازل عن التأمينات أو إضعافها . والصلح والتحكيم . ورفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (أنظر في كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصي أن يشرها ولو بإذن المحكمة ، وإلى هنا تشير المادة ١٨ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن وتصرف الوصي في مال القاصر بطريق التبرع باطل .

١٥٣ - الصبي المميز : يعتبر الصبي مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص المادة ٦ على أنه « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » . ويقرر القانون في المادة ١١١ أحكام تصرفات الصبي المميز على النحو الآتي :

١ - إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافذة وفقاً لمبدأ ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر . ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقاً للقانون (١) .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وعنده لجنة القانون الذي يجلس الشيوخ تعديلاً طفيفاً بأن حذفت عبارة وردت في النص الذي وضعت لجنة المراجعة وهي « وكان غير مصاب بجنون أو عته » ، والعلّة في ذلك أن الجنون والعته لها أحكام خاصة تنطبق في جميع الأحوال والمور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٥ - ص ١١٦) .

ويتبين من ذلك أن الصبي المميز له أهلية الاختاء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك نافع له فقاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا في الحدود التي قلعتها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه الولي أو الوصى في الحدود المتقدم ذكرها في حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه وإذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون (١) ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون (٢) . والقانون هنا هو قانون المحاكم الحسبية . وقد نص في المادة الثانية منه على ما يأتى : وليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد ، ومع ذلك فإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز له بإذن من المحكمة أن يتسلم كل هذه الأموال أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصى . وإذا رفضت المحكمة الإذن لا يجوز له أن يمدد طلبه قبل مضي سنة من وقت صدور القرار النهائي بالرفض . وتكفلت المادة الثالثة برسم الحدود التي يتصرف في نطاقها الصبي المأذون ، فنصت على أن للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة بما في ذلك أعمال الصيانة الضرورية لحفظ الأموال المسلمة إليه . ويخل في أعمال الإدارة كل عمل من أعمال التصرف ينتهضه هذا الإدارة كبيع الحاصلات

(١) كان قانون المحاكم الحسبية القديم يضى بأنه إذا بلغ القاصر ثمان عشرة سنة ولم يتبع من التصرف جازله تسلم أمواله ليديرها بنفسه ما لم يمنح من ذلك ، أى أن التسلم يكون بحكم القانون . فاقضى يشير إلى هذا الحكم القديم .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وصت تحت رقم المادة ١١٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «غير مصاب بمنون أو عنه» كما حذفها من المادة السابق . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١١٧ - ص ١١٩) .

وشراء ما يلزم الزراعة (١) . ولا يجوز له بغير إذن من المحكمة أن يزاول أعمال التجارة أو أن يؤجر المباني أو الأراضي الزراعية لمدة تزيد على سنة . وكذلك ليس له أن يستوفى حقاً أو أن يوفى ديناً إلا إذا ترتباً على أعمال إدارته . ولا يجوز له أن يصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد قضاياه ومن تلزمه نفقتهم قانوناً . ويعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه (٢) .

ويستثنى كذلك العبد المميز في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة . فقد نصت المادة السادسة من قانون المحاكم المسجلة على أن «القاصر متى بلغ السادسة عشرة الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص . ولا يكون ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال دون غيره من أمواله الأخرى» .

١٥٤ - **البالغ الرشيد** : تنص المادة ٤٤ من القانون المدني الجديد بأن « ١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يصجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ - ومن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (٣) . وهذه السن عامة لجميع المصريين ،

(١) يؤكد هذا النص ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ من القانون المدني الجديد ، وهي تنص على ما يأتي : «ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم ترد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال الصرف يختصه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو للتحويل الذي يسرع إليه الخبز وشرائه ما ينظمه النظم . عمل الوكالة من أدوات الحفظ والاستئجار» . ويلاحظ أن نص قانون المحاكم المسجلة قد أورد قيوداً على الحق في الإيجار والحق في استيفاء الحقوق ووفاء الديون .

(٢) وقد نصت المادة ٤ من قانون المحاكم المسجلة على ما يأتي : «على المأذون له بالإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الولي أو الوصي ، والمحكمة أن تأمر بإيداع الخزف من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها» . ونصت المادة «على ما يأتي : «إذا قصر المأذون له بالإدارة في تنفيذ ما نصت به المادة السابقة أو أساء الصرف في إدارته أو غلبت أسباب تدعو إلى احتياطه فخرج ضرر له ، جاز للمحكمة من نظام نفسها ، أو بناء على طلب النيابة الصومية أو أحد ذوي الشأن ، أن تعهد من الإذن المطلق للقاصر أو تلبه إليه بعد دعوته لبيع أمواله» .

(٣) وقد نصت المادة الأولى من قانون المحاكم المسجلة على أن «القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة كاملة» . وتحجب السن بالقرار بالبلوغ . ويجب أن تكمل إحدى وعشرون سنة ، فلا يكون الشخص كامل الأهلية إلا عقب انتهاء آخر فترة من هذه الفترة .

مسلمين أو غير مسلمين . فبقى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح رشيداً أى كامل الأهلية . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لمجنون أو عته أو غفلة أو سفه (١) ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن مجنوناً أو معتوهاً . فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال (٢) . ويرتب على ذلك أنه إذا بلغ اثنان وكان ذا غفلة أو سفياً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية . وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر ، وتختار المحكمة له فيما قد يكون غير الولى أو الوصى . فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين رشيداً كملت أهليته . وكان له بذلك أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل دعوى للقاصر على وصيه (أو للمحجور عليه على قيمه) تكون متعلقة بأمر الوصاية (أو القوامة) تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية (أو القوامة) : أنظر م ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية . كذلك يقع باطلاً كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصى من القاصر الذى بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد قبل الفصل نهائياً فى الحساب (أنظر المادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية) .

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية . وهى التى سنتكلم عليها فيما يلى .

(١) أو لاء لا يؤمن على أمواله (أنظر المادة ٢١ من قانون المحاكم الحسبية) .

(٢) وقد قضت المادة ١٣ من قانون المحاكم الحسبية بأن «تنهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة مالم تحكم المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية لسبب من أسباب الحجر ، إلا إذا بلغها معتوهاً أو مجنوناً فإن الولاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة» . وقضت المادة ٣٠ بأن تنهى مهمة الوصى «بلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغ هذه السن استمرار الوصاية أو مالم يبلغها معتوهاً أو مجنوناً فتستمر الوصاية عليه ولو لم تقرر المحكمة استمرار الوصاية» .

ب - تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)

١٥٥ - مصر عوارض الأهلية : قد يبلغ الإنسان من الرشد ، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعوارض يرجع إلى التمييز . والعوارض أربعة : الجنون ، والعمه ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص في التمييز في دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية .

وسرى أن من ينبغي غية منقطعة بقام عنه وكيل ، ومن حكم عليه عليه بمقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائي . وهنا كله لا يدخل في الأهلية ، لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ - المجنون : نصت المادة ١١٣ من القانون المدني الجديد على أن «المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون (١)» . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون المحاكم الحسبية . وقد قضت المادة ٤٢ منه بأنه «يحكم بالحجر على البالغ المجنون أو للعمه أو للغفلة أو للسفه ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم» . فالمجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قياً ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فتبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطله لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد إذ تنص على ما يأتي :

(١) تاريخ النص : لم يرد هنا النص في الشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٦ في الشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأسندت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «وترفع الحجر عنهم» بد عبارة «تحجر المحكمة عليهم» لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم . وأصبح رقم المادة ١١٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ١١٩ - من ١٢١)

١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة المجنون أو المتوه شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (١) .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة المجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصي ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصي . وكالقيم على المجنون وصيه . أما الولي على المجنون فتل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

١٥٧ - المعتوه : والمتوه كالمجنون يجبر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي . والقيم على المعتوه وولي ووصيه كالقيم على المجنون وولي ووصيه من حيث مدى الولاية .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون (٢) . وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية

(١) تاريخ النسي : لم يرد هنا نص في اللعروج التيمى . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٧ في اللعروج التام . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال الصغيرة ١٢١ ص - ١٢٢ ص) .

ويلاحظ أن تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر - إذا كانت حالة المجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر - إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التيمى بعدم إرادة من يصاب به ، يفتح تصرفاته باطلاً ، من وقت تبوّه . وذلك لا يطلب بطلانها توافر التحليل على القانون أو النشر أو التوالم بين اللعوه والتصرف له كما هو الحال بالنسبة للمجهور عليه لقضه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانحطاب أثر قرار الحجر على النفس وإنما كبروت حالة التيمى لإرادة اللعوه وقت صدور التصرف منه (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ ملحق رقم ٥٢ سنة ١٨ قضائية لم ينعقد بعد) .

الصبي المميز . وقد سبق بيان ذلك (١) .

١٥٨ - نو الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدني الجديد على أنه : إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام . ويتضح من ذلك أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز ، فتثبت لهما أهلية الاعتناء ، وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز ، وتتعدم أهلية التبرع .

واستثنى في أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرتا من السفيه أو ذى الغفلة وأذنت المحكمة

(١) أنظر في كل ذلك للمادتين ١١٣ و ١١٤ من القانون المدني الجديد ، وقد سبق ذكرهما . هذا وفيما حالة التمتع عند أحد المتعاقدين مما يعلق بينهم الواقع في الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضي لرعاية محكمة النفس (حتى مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة رقم ٢ رقم ١٢٨ ص ٤١٤) . ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت قضاءها بقيام حالة التمتع وقت التصرف على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تنبأه توليت عصبية وتبيح في بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه لفته ، ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانياً لفته . والسفه بعد تصافيه ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فإن ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدي إلى أن المحجور كان متوفاً في ذات وقت التصرف ، ويكون هذا الحكم قاصر التسيب متيناً (حتى مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ ص ٢٥٣) . وتدل محكمة النفس قد تأثرت في هذه القضية بأن المتعاقدين قد تكرروا رفع الحجر عنه ، فلا شيء يطلع في أنه وقت التصرف بلقات كان متوفاً . وهي في قضية أخرى لم تبد هذا انتعاش في استخلاص قيام التمتع ، وذكرت أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت قضاءها بطلان عقد لته التصرف على شهادة الشهود الذين سمعهم وعلى قرائن مستقلة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح في حكمها أن يكون القاضي الحقيقي قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف «هل كانت حالة المريض حالة عته قانوني على الجنون في الدرجة» ، فأجاب بأنه «لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمرفعي ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً في بنيه وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون في حالة تردده» ، فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله ، فضلاً عن أن الطبيب ليس هو القبي يحل الوصف القانوني لحالة المرضية التي يشاهدونها ، بل الشأن في ذلك القضاء في ضوء ما يبدية الطبيب (حتى مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٩ ص ٢٣٨) .

فيهما . وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم إذ تنص على أن ويكون التصرف المحجور عليه لصفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنت المحكمة في ذلك . كذلك يجوز للمحجور عليه لصفه أو الغفلة أن يقسم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذي رأيناه في الصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة وفي الحدود التي سبق ذكرها هناك . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مقصورة في هذا الصدد على السفيه إذ تنص على أن تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لصفه المأذون له بقسم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ، فإن المادة ٤٣ من قانون المحاكم الحسبية تشمل كلا من السفيه وذى الغفلة إذ تنص على أنه ويجوز للمحجور عليه لصفه أو الغفلة أن يقف أمواله أو يوصى بها متى أذنت المحكمة بذلك ، وكذلك يجوز له إذن من المحكمة أن يقسم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، فإذا أذنت المحكمة بذلك سرت عليه أحكام المواد ٤١ و ٤٢ و ٤٣ من هذا القانون (١) .

هذا هو حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهي في الأصل صحيحة . لأن انقضاء الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر لسفيه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضي . ولا يسرى الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادئ العامة . ولا يحتاج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلاً (٢) .

لكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستفله بها ويبتز أمواله . ففي هاتين الحالتين - حالة التواطؤ وحالة الاستغلال - يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة باطلاً إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال

(١) يلاحظ أن مشروع القانون الذى سبق مشروع قانون المحاكم الحسبية للمجلس الشيوخ ، فلم يشكك هذا المجلس من التنسيق ما بين القانونين في هذه المسألة ، فوجب إعمال نصوص كل منهما .

(٢) محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ الجلسة ٢٤ رقم ٢٨ من ١٩٧ .

الإدارة . وهذا ما استقر عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم (١) ، وأكده القانون الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على ما يأتي :
وأما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ الجلسة ٨ ص ٤٥ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ الجلسة ٣٠ رقم ١٥٨ ص ٩٦١ — محكمة استئناف أسبوط في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ ص ٦٣٣ — محكمة الاستئناف المحظطة في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ ٤٢ م ص ٢٥٢ — وفي ١٨ مارس سنة ١٩٤٢ ٥٩ م ص ١٦٦ . محكمة الجيزة في ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ الجلسة ٢١ رقم ٢٢٢ ص ٥٠٢ . وانتظر سائر الأحكام للشار إليها في نظرية النقد للزلف ص ٣٤١ ملحق ٣ — واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك : نحن مدني في ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ص ٤٨٧ — ٤٩٢ — وفي ٥ يناير سنة ١٩٥٠ ملحق رقم ٦٤ سنة ١٨ قضائية لم ينصر بهد — وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت ظروف التصرف الصادر من التصرف قبل توقيع الحجر عليه لثبته وفي فترة طلب الحجر ، ولستدل بها على أن للفترين غشوه فغشوا به مبيهاً عن بلذتهم حتى لا يكتشف أمرهم ، ولم على علم بالإجراءات المخفية لتوقيع الحجر عليه ، لكن يتم بيع الدين لهم قبل صدور قرار المجلس المحمي بالحجر ، فاعتاد لهم حتى يقبض منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن ، ثم قضت بإبطال التصرف ، فلما تكون قد ألغيت فضاءها هذا على مقدمات نتجته وهي قيام التواطؤ بين التصرف لهم والتصرف مع علم التصرف لهم بما كان يتردى فيه التصرف من سفه والتهالؤم فرصة سفه للأثر من ماله حين كانت الإجراءات القانونية تنفذ لحمايته — ومن كانت الفرائض التي أخفقت بها محكمة الموضوع في إثبات علم الفتري بحالة سفه البائع مؤدية عقلاً لما انتهت إليه من ذلك ، فلا شأن لمحنة النقض منها (نحن مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣) .

ونقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تناقد شخص بقصد عرف على البيع ، فلا علت زوجته بذلك طلبت إلى المجلس المحمي توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى الفتري إنشراً حذره فيه من إغرام الفراء لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يباً وغد الفراء بالنقد الفرق عن طريق عقد رسمي ، وقرر المجلس المحمي بعد ذلك توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة النقد ، وأوردت في حكمها ظروف المتناقد وملابساته على الوجه للتقدم ، واستخلصت منها استخلاصاً سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواطؤ وغش ، وأن البيع الصادر من المجهور عليه قد انعقد بالنقد الفرق قبل الحجر ، وأن النقد الرسمي اللاحق لم يفتيـ البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً للنقد الأول ، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه (نحن مدني في ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٨٥) . ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالنقد الفرق قبل أن يعلم الفتري بإجراءات الحجر ، ولم يكن النقد الرسمي اللاحق إلا تنفيذاً للنقد الفرق السابق .

إلا إذا كان نتيجة استئلال أو تواطؤ (١) .

وينصب القيم على السفه وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيهاً أو ذا غفلة ، بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قلنا . وولاية القيم على مال السفه وذى الغفلة كولايته على مال المجنون والمعتوه وكولاية الوصى على مال القاصر ، وقد تقدم ذكر ذلك (٢) .

١٥٩ - الغائب والمحكوم عليه بقوة جنابة : وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية : ولكنها لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور ، وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بقوة جنابة .

فالغائب ، كما نصت المادة ٥٠ من قانون المحاكم الحسبية ، « هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه

(١) تاريخ المادتين ١١٥ و ١١٦ من القانون المدنى الجديد : (أولاً) المادة ١١٥ : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هي التى وضعت تحت رقم ١١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥ ، ثم مجلس الشيوخ - (ثانياً) المادة ١١٦ : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هي التى وضعت تحت رقم ١٢٠ فى المشروع النهائى ، وكان مقصوداً على الفقرة الأولى منه . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توجيهاً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بالنقص الأهلية فى المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١٢٣ - ص ١٢٨) .

هنا وقد كانت لجنة المراجعة وضمت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائى يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار » . وقد وافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترح حذفه لأنه حكم تحصيلي ورد فى قانون المحاكم الحسبية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١٢٦ - ص ١٢٧ فى المجلس) .

(٢) ومن ثم فقد نصت المادة ٤٥ من قانون المحاكم الحسبية على أن « تصرف القيم فى مال المحجور عليه بطريق التبرع باطل » . ونصت المادة ٤٦ من هذا القانون على أنه « يسرى على القيم حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنس صريح فى هذا الفصل يسرى على القنواة ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » .

أو يوكل عنه مدة أكثر من ستة ، وترتب على ذلك أن تحللت مصالحه أو مصالح غيره . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية كما هو صريح النص ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تحلل مصالحه ومصالح الناس . ويلاحظ أن القانون استعمل لفظ « الغائب » لا لفظ « المفقود » لأن اللفظ الأول يتطوى على معنى أعم من المعنى الذى يتطوى عليه اللفظ الثانى . فالمفقود فى الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف أحواله هو أم ميت ، أما الغائب فهنا وغيره ممن تكون حياته محفوفة ولكنه بعد من موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٥١ من قانون المحاكم الحسبية بأنه « إذا ترك الغائب وكيلًا عامًا تحكم المحكمة بتيثته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وإلا عينت غيره » . ثم قضت المادة ٥٣ من هذا القانون بأن « يسرى على الوكيل عن الغائب حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح فى هذا الفصل يسرى على الغيبة ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » . وقضت المادة ٥٢ من القانون ذاته بأن « تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

أما المحكوم عليه بعقوبة جناية فتقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قياً تصدق عليه المحكمة ، أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختار أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن المحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته ، فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع المحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى (١) .

(١) وقد جاء فى كتاب « شرح القانون الدنى » لفتحى زغلول (ص ٣٧ - ص ٣٨) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتى : « إن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفيه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الخبرة ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يحترم رأيه غالباً فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات » .

١٦٠ - المساعدة القضائية . وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية

في مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله القانون المدني الجديد ، فنص في المادة ١١٧ على ما يأتي :

١ - إذا كان الشخص أصم أبكم . أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك .

٢ - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة (١) .

أما قانون المحاكم الحسبية فقد نص في المادة ٤٧ على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك» . ونصت المادة ٤٨ من هذا القانون على أنه ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها يصدر من الشخص الذي حكم بإقامة مساعد قضائي له بغير معاونة هذا المساعد ، إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة . ونصت المادة ٤٩ من القانون ذاته على أنه ويسرى في تعيين المساعد القضائي وفي عزله ما يسرى في تعيين القيم وعزله من أحكام . وكذلك تسرى على المساعدة الأحكام الأخرى الخاصة بالقوامة .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . واقترحت لجنة المراجعة النص الآتي : « يكون قابلاً للإبطال كل تصرف يصدر من شخص تقررت مساعدته قضائياً إذا صدر هذا التصرف بغير معاونة المساعد ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٢١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تضمن النص الوارد في المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية في بيان حالة من يجب له المساعدة القضائية ، واقترح كذلك أن يكون حق طلب الإبطال فاصراً على التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية في شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذه الاقتراحين لأن أولهما يرمي إلى استكمال الأحكام الموضوعية في النقيضين المدعى بها يتعلق بنقص الأهلية ، والثاني يقيد النص قيداً اضطررت إليه نية واضعه . فأقرت اللجنة النص كما ورد في القانون ، وأصبح المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٨ - ص ١٣١) .

ويقين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تقرر لاجتماع
عاهتين في الجسم من عاهات ثلاث : العمى ، والبكم ، والصمم . والسبب
لها ليس نقص الأهلية ، فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة
القضائية ، ولكن هو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة كما صرح
بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تقرر لتصرف بالذات أو المجموع من التصرفات المينة ،
ويتنظر في ذلك إلى ظروف من تقرر مساعدته وإلى خطر ما تقرر المساعدة
القضائية فيه أو إلى وقته . فإذا وقع تصرف من ذلك بنير معاونة المساعد ،
كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة من تقرر له المساعدة ، إذا صدر بعد
تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

والمساعد القضائي يبين ويمزل وفقاً للأحكام التي تنبج في تعيين القيم
وعزله ، وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

المطلب الثاني

عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ - مذهب عيوب الإرادة : اشتمل المشروع التمهيدى على نص
هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع ، حلف في المشروع النهائى ، وقد جرى
بما يأتى : ولكل من شاب رضاه غلط أو تدليس أو انترع رضاه
بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام
التالية (١) .

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وكانت المادتان ١٩٣/١٩٢ من
القانون المدنى القديم تضمنان على أنه « لا يكون الرضاء صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل
بإكراه أو تدليس » - وهذا ولما عادت المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدى في لجنة للراجعة
اقترح حذفها لأن الأحكام التي تفرعها منصوص عليها في المواد التالية ، نواخت اللجنة على ذلك
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤١ في الخامس) .

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة. فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره. فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة. أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة

وتتل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن عيوب الإرادة، ومنها بين ما استحدثته القانون الجديد : تتضمن النصوص المتعلقة بالفين أهم ما استحدثت المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضا. فقد اتفقت هذه النصوص أثر التقنيات الجرمانية والمشروع الفرنسي الإيطالي، وجعلت من الفين سبباً عاماً للإبطال النسبى وانتفىض العقود إذا أتيح لأحد المتعاقدين أن يتأثر برغ طاحش من طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه. وقد يؤخذ على هذا الحكم أن إعماله ينتهى إلى تحكيم القاضي. بيد أن في سابقات التفرع ما يجعل على القاضي عن هذا التقد والاطمئنان إلى ما جرى عليه المشروع. فالتقنيات الحديثة، وق طليتها التقنين الآلاى والتقنين السويسرى والتقنين النمساوى المعدل والتقنين البولونى والتقنين البنىان والتقنين الصبى والتقنين السوفيتى، بل والمشروع الفرنسى الإيطالي رغم نزعة المحافظة، تجعل جميعاً من الفين سبباً عاماً للإبطال. ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإخفاق من تحكيم القاضي في هذه المسألة أكثر من سواها. فهو بذاته القاضى الذى يتولى في حياته اليومية تقدير الغلط الجوهري والنية الخسة والباطل المشروع والضرر الحميم والباطل للسنة وما إلى ذلك. حتى أن الرضا في الفين يوجه عام لا يستثنى أطراف الأحكام التطبيقية الخاصة بصور معينة منه يمر فيها عن معناه بالأرقام، تؤخياً لإحلال السك على السكيب، كأحوال الفين في البيع والقصة والاختار على سعر الفائدة — وراعى من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزئية الفائدة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى، فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصرى الحالي، كالغلط المشترك والغلط في القانون وغير ذلك. ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس محذراً بكل زوال الخلاف القائم من النصوص الغربية والنصوص الفرنسية في التقنين الحالي (القديم). وسأول دون ذلك مسائل أخرى كسكوب أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة نهيها المتعاقدين الآخر. أما النصوص الخاصة بالإكراه ضد روى في وصفها أن تكون متنافسة مع ما ورد بشأن التدليس. بالإكراه، سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير، له ما للتدليس من أثر في صحة العقد. وقد نص في المشروع، فيما يتعلق بتقدير الإكراه، على القاضي المبدأ الذى تنطوي عليه نصوص التقنين الحالي (القديم) ... بأن احتكم إلى معيار شخصى بحثه، هوادة الاعتداد بحسن السكرو وسنه وحاله الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل طرف آخر من شأنه أن يؤثر في حسنة ما يقع عليه (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ١٣٩-١٤٠).

تعلقت بمحالتها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترب على هذا التمييز الجوهري أن العقد الذى يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ، أو هو عقد باطل . أما العقد الذى يقوم على إرادة معينة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذى شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد ، ولها المقام الأول فى توليد الروابط القانونية وفى ترتيب آثارها ، يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتضمنة ليست إرادة صحيحة ، فلا يكون لها سلطان كامل .

ونولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط قائليلس فالإكراه فالاستغلال .

٩ - الغلط (*)

(L'erreur)

١٦٢ - تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمّل على توهم غير الواقع . وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان معها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم معها . والغلط بهذا

(*) مضى المراجع : ريكاردوفينيو (Riccardo Fubini) فى المجلد ربح السوية ١٩٠٢

م ٣٠٦ - جوران فى الباعث فى الأعمال القانونية م ٣٠ وما بعدها - موري (Maury) : النطق فى اللادة فى عقود المناوأة (مجموعة دولست لتخليد ذكرى كايانز م ٤٩١) -

جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ م ١١٥ - سيليس (Colice) بلويس

سنة ١٩٢٢ - جودفروى (Gondeffroy) بلويس سنة ١٩٢٥ - موتون (Mouton)

ليون سنة ١٩٢٥ - نهى نور ليون سنة ١٩٢٦ - مارث فورنييه (Marthe Fournier)

ديجون سنة ١٩٣٦ - دابلز (Dubin) بروكل سنة ١٩٤٧ م ٣١ - والتوت ١

م ٢٢٨ وما بعدها - نظرية العقد للدولت فقرة ٣٤٧ وما بعدها - الدكتور سلمى بهجت

بدوى فقرة ١١١ وما بعدها - الدكتور حننت أبو سنيت فقرة ١٥٧ وما بعدها .

التصريف الشامل ينظم كل أنواع الغلط ، ولا يقف عند نوع معين منها . والذي نريد هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغي أن نحصر هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى ويرسم الدائرة التي تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ - **الغلط المانع** : وأول نوع من الغلط نستعمله من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur-obstacle) . وهو غلط يقع ، طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي ، في ماهية العقد ، كما إذا على شخص لآخر قوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو في ذاتية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع إحداها والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى ، أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعلم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففي الأمثلة التي قلناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالراضي إذن غير موجود ، والعقد باطل أي منعدم . وهذا هو الذي يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود الراضي لا بصحته ، ونحن الآن في صدد صفة الراضي بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده .

١٦٤ - **اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة** : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحداها دون الأخرى كما يينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة (١) ، بل كلام في الإرادة ذاتها ، أي في وجودها لافي صحتها . فيجب

(١) هنا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتظهر متايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد أرجع هذه المتأيرة إلى غلط وقع فيه المتأيد الذي صدقت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل متأيرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غامضاً ، فالمزول والشخص الذي يصر غير ما يظهر في حالة التعتنل الدعي (réserve mentale) كلاهما تختلف إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً في غلط .

استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث (١).

١٦٥ - **الغلط في النقل أو في التفسير** : والغلط الذي يمتدنا بمحضهنا هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة (erreur sur la formation de la volonté). وهناك غلط لا يوجب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط في النقل (erreur de transmission) ، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها ، وهذا ما يسمى بالغلط في التفسير (erreur d'interprétation) . والفرق بين الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذي يقع في النقل أو في التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة (٢) .

(١) وقد يقع الغلط في الإرادة الظاهرة كما يقع في الإرادة البلية . والغلط الذي يقع في الإرادة الظاهرة ليس هو خبايتها للإرادة البلية ، بل هو غلط يقع في التعبير عن الإرادة ذاته أي في الإرادة الظاهرة . وبأن سأل بتل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد يمه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد يمه . فإذا قال : أبيع الحصان الأبيض ، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط في الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأ أن الحصان الأبيض هو اللب ، فقال أبيع الحصان الأبيض ، كان هناك غلط في الإرادة البلية لا في الإرادة الظاهرة . والقانون الأتاني يجعل القدر قابلاً للإبطال لسكون من هذين النوعين من الغلط (أنظر في هذا الموضوع سأل في إعلان الإرادة ص ١١ وما بعدها - نظرية القدر المؤلف من ٣٥٩ ملش رقم ٤) .

(٢) وقد اشتعل للصروع التمهيد على ص هو المادة ١٧٧ من هذا الصروع ، جرى بما يأتي : « نرى الأحكام الخاصة بالغلط في حالة ما إذا نقل رسول أو أي وسيط آخر لإرادة أحد المتعاقدين معرفة . وقد حذفت هذه المادة في الصروع النهائي « لأنها تفرح حكماً تخصيصاً لا حاجة إليه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ في الملش) . والنس المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوم أن الغلط في النقل أو في التعبير غلط يوجب الإرادة . والصحيح أنه يكون سبباً في عدم توافق الإرادتين فلا ينقذ القدر . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة في حالة التحريف في النقل (نظر المادة ١٢٠ من القانون الأتاني) ، فيكون القدر صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هي الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . وانتهاء المصرى يأخذ بالرأى الأول ولا يعتبر القدر قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بناءً ذلك (أنظر آخراً فقرة ١٧٧ في الملش) . وسواء أخذ بالرأى الأول تحسباً مع نظرية الإرادة البلية أو أخذ بالرأى الثاني تحسباً مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذي حرق الإرادة يكون مسئولاً نحو المتعاقدين الأول إذا انقذ القدر ، أو نحو المتعاقدين الآخر إذا لم ينقذ . ومن قيل الغلط في النقل مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر في =

١٦٦ - الغلط الذي يعيب الإرادة: وبقى . بعد استيعاب ما قدمناه

من أنواع الغلط ، الغلط الذي يعيب الإرادة . وهو الذي يعيننا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع في تكوين الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعلم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا أعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون

= انقضاء العقد ولا في صحته . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في القانون الجديد ، فنصت المادة ١٢٣ على أنه «لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطان القيم ، ولكن يجب تصحيح الخطأ» (أنظر المادتين ٥٣٦/٦٥٨ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب في عقد البيع) - وقد ورد من القانون الجديد في المشروع المجهدي تحت رقم المادة ١٧٠ ، وفي المشروع النهائي تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، طبعاً القانون للدكتور مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٢٣ ، فمجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته . مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ١٦٤ - (١٦٦) . والقضاء المصري مضطرب في هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوطنية في أول ديسمبر سنة ١٩١٤ التراجع ٢ من ١٣٩ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٥٦ - وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ من ١٩٤ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ من ١٩٥ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٦ من ٣٦ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢٢٤ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ٥٧ . وقد قضت محكمة القس بأن الخطأ في ذات الأرقام الثابتة بحساب القاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المتعدد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد خلت خطأ من ورقة أخرى منزهة بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك القاولة من جديد فإن القانون يأبى ، لأن عمل القاس والحساب النهائي عن القاولة صدقاً وإعمالاً مادام عملاً متفقاً عليه في أصل عقدتها ، فإن هذا الاعتناق متى عد صلح انقضاء الحساب صلا ووقع عليه بالاتفاق ، ضد المقتضى - مثولية كل عاقد عنه ، وأصح هو ونتيجته ملزماً لقطريين (نص مدني في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ من ١٩٢٢) . وقضت محكمة القس أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد ثبتت من واقع الدعوى أن التسامح الذي هو عمل الزام قد وقع على عين مبنية ثلاثت عندها زيادة التمرى مع إرادة التامع ، وأن ما جاء في العقد خاصاً بتعدد هذه العين قد شابه غلط في حدس من حدودها يذكر أحدهما مكان الآخر . فإنها لا تكون محطلة إذا ما اعترفت هذا التامع من قبل الغلط اللادى الواقع حال تحرير المحرر الثابت لتناقد لا الغلط المتبوي الواقع حال تكوين الإرادة المحسوس للمراء (نص مدني في ١١ ديسمبر سنة ١٩١٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤٢ من ٥٠٢) .

غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط هو أمر قسوى يستكن في الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به التعاقد الذى وقع فى الغلط ، بل يتصل به التعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتماد به .
نخلص لنا من ذلك أن الغلط الذى يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به التعاقد الآخر .

فتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : ١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شيء يقع . ٢ - كيف يتصل التعاقد الآخر بالغلط (١) .

١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شيء يقع

١٦٧ - معيار الغلط الجوهرى فى القانون الفرنسى وكيف تطور من معيار موضوعى الى معيار ذاتى : ورث الفقه الفرنسى التقليدى عن القانون الفرنسى القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلاً وهو الغلط المانع الذى سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة التعاقد الذى وقع فى الغلط ، وغلط لا يؤثر فى صحة العقد . وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التى يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلاً . أما الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون فى حالتين : (١) غلط يقع فى مادة الشيء محل الالتزام الناشئ من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من القانون المسمى الفرنسى بالغلط الواقع فى مادة الشيء ذاتها (substance même de la chose) . (٢) غلط يقع فى شخص التعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . والغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد يكون فى أحوال أربع : ١ - غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام . ٢ - غلط فى قيمة الشيء محل الالتزام . ٣ - غلط فى شخص التعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد . ٤ - غلط فى الباعث على التعاقد .

(١) وثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستلزم تأملى الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نفس مدنى فى أول أبريل ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) .

ولكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثى للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذى يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود الرضى لا بصحته كما قلنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فن الغلط ما يقع في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) ، أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات عديدة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى عديدة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ونستبدل معياراً بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات . تبعاً للملابسات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى ناه واضحاً في تفسير عبارة الغلط في مادة الشيء ذاتها الواردة في المادة ١١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمادة التى يتكون منها الشيء ، ومادة الشيء هى مجموع الخصائص التى تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذى أتى به بوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة (١) . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبري

ورو (١) ، قد أدخلنا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة ، فلعلنا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص التي تتميز بها من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعارف بين الناس ، ولكلها أضافاً إلى ذلك جواز أن يقتض المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هي . ثم هجر الأستاذ لوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الذاتي جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدد مادة الشيء والأوصاف المعبرة فيه (٢) . واقفى سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان المتعاقد يتم بملونها (٣) ، وذهبت الأستاذة بلانيول وكولان وكايتان وجوسران إلى هذا الرأي (٤) .

فالعبارة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعبرة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكون مادة الشيء في ذاته ، فقد يشتري شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهذا غلط في ومادة الشيء ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطاً في الصفة المعبرة عنده : فما دام الشيء الذي اشتراه هو الأثر التاريخي الذي يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء في فرنسا بعبارة ومادة الشيء (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية (qualité substantielle) : أي الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء . والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة المتعاقد هي التي تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في

(١) أنظر أوربي وورو ٤٤٣ مقالة مكررة من ٤٩٠ و ٤٩٢ .

(٢) لوران ١٥ مقالة ٤٨٨ .

(٣) بودرى وبارد ١ مقالة ٥٤ .

(٤) بلانيول ٢ مقالة ١٠٥٣ - كولان وكايتان ٢ مقالة ٢٨١ - جوسران ٢ مقالة ٦٩ -

حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معية بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب .

١٦٨ - معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي :

وبالمعيار الذاتي أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسفهما في ذلك نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان ١٣٤/١٩٤ من القانونين الوطنى والمختلط تنصان على أن الغلط موجب لإعلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المختبر في العقد ، وجاء في النص الفرنسى للقانون المصرى القديم : ومتى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التى كانت محل عمل اعتارف الشيء عند التعاقد (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتى ، وقد قللت لا عن نصوص القانون الفرنسى بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذى أسلفنا ذكره (١) .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتى وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه : إذا وقع التعاقد في غلط جوهري جاز له

(١) أنظر في الفقه المصرى دى هلتن الجزء الأول لفظ (convention) فقرة ٥٦ - هالتون ص ٣٨٧ - فتحى زغلول ص ١٣٢ - والفون ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - الدكتور عبد السلام دهنى بك في الالتزامات فقرة ١٢٧ - الدكتور محمد صالح بك في الالتزامات فقرة ٢٦٨ - الدكتور محمد وعية في النظرية العامة في الالتزامات فقرة ٢٥٥ - نظرية العقد للؤلث فقرة ٣٥٧ وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١١٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٦ وما بعدها .

وانظر في القضاء المصرى محكمة الترض (الائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ - محكمة قنا الاستئنافية في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ - محكمة الجيزة الجزئية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٤٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥٦ ص ٥٦ - وفي ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٥ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨ - وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤ .

أن يطلب إبطال العقد ... (١) . ثم نصت المادة ١٢١ على أنه : «١- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع في صفة الشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلايس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد (٢) » .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الثاني . فالغلط الجوهرى عنده هو الغلط الذى يبلغ ، في نظر التعاقد الذى وقع في الغلط . حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط . فهو إذا وقع في صفة للشيء وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار

(١) أنظر المادة ٢٣ من قانون الالتزامات الويسرى ، والفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى . وانظر تاريخ نص المادة ١٢٠ من القانون الجديد فيما يتعلق عند السلام في الغلط المشترك وفي الغلط الفردي (فقرة ١٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «١٥- يكون الغلط جوهرياً إذا كان من الجسامة بحيث كان يمتنع الطرف الذى وقع فيه عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط وقدر الأمور تقديرًا معقولاً . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص في الأحوال الآتية : (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلايس العقد من ظروف ولما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات الشخص أو في صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى في التعاقد . (ج) إذا وقع الغلط في أمور يجتريها التعاقد الذى ينسك بالغلط عناصر ضرورية لتعاقد طبقاً لما تنص به الدراحة في التعامل » . وحذفت لجنة المراجعة الجزء (ج) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه الحافة مع الحاليين الساجئين يكاد يهبط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك سعي لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التيسيل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة القوانين الذى يجهل الصيوخ عبارة «وقدر الأمور تقديرًا معقولاً» من الفقرة الأولى لأنها تنص قيداً بحسن أن يترك أمره لتقدير القاضي . وحذفت عبارة «السبب الوحيد» من الفقرة الثانية حرف (ب)

المتعاقدين ، وإذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد .

على أن الأخذ بالمعيار الثانى يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة قضية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لنتم عن هذه الحالة النفسية ، فقتضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراهما جوهرية وفقاً لما لايس العقد من ظروف ولما ينبئ في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان - إذا لم نهد من طريق آخر - إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظن أنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية التعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبئ أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر في الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ - على أى شىء يقع الغلط : والغلط الجوهرى ، على النحو الذى أسلفناه ، يصح أن يقع ، لافى صفة للشيء وفي الشخص فحسب ، بل أيضاً في القيمة وفي الباعث (١) . والمبرة بأنه غلط جوهرى ، لا بأنه وقع في هذا أو في ذلك . ونستعرض الآن الغلط في هذه الأحوال المختلفة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى في صدد المادة ١٢١ ما يأتى : «وينبئ أن يكون الغلط المطلق للعقد جوهرياً . ولا يتحقق ذلك إلا إذا وقع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن ينط تحتير الغلط بمحيار شخصى . وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى في هذا الشأن إلى تطبيق ثلاثة فروع في صوص المشروع (١) أولها يتعلق بالغلط الذى يقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو بالنية لا بلايس العقد من ظروف ولما ينبئ أن يسود التعامل من حسن النية . وفي هذا الفرع يرتبط بتقدير الغلط الجوهرى بمامل شخصى هو حسن النية وبامل مادى قوامه الظروف التى لايت تكون العقد . ب) والثانى يتعلق بالغلط الواقع في ذات شخص التعاقد أو في صفة من صفاته . إذا كانت هذه ذات أولئك المتعاقدين أو السبب الرئيسى في التعاقد . والمعيار في هذا ـــ

١٧٠ - الغلط في صفة جوهرية في الشيء : إذا طبقنا معيار الغلط

الجوهري على الغلط في وصف الشيء ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد كما قلنا . وفي القضاء المصري في ظل القانون القديم - والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا - أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الرخيص الذي أعطته الحكومة في استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوى إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوى على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة (١) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم بطلانها يجوز إبطاله للغلط الذي وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهرية في الشيء المبيع (٢) . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدي إلى الطريق العام ، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المبيع (٣) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يصل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء (٤) . وقضت بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ؛

== القرض شخصي بحت . (ج) والثالث خامس بالغلط الواقع في أمور يتبرها من يتسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية لتعاقد طبقاً لما تنص به الزاغة في التعامل (ملاحظة : هنا التطبيق حذفه لجنة المراجعة كما فعلنا في تاريخ نص المادة ١٢١) . وقد تطوى صورة الغلط في البائع في هذا التطبيق الثالث . بيد أنه تبين الرجوع ، عند الإثبات ، إلى عنصر موضوعي أو مادي بحت ، هو عنصر زمانة التعامل . ويضج من ذلك أن تقدير الغلط ، وإن كان قد يبط بميل شخصي بحت ، إلا أن تبين الإثبات قد انقضى الاعتماد بعناصر مختلفة ، فيها الشخصي والمادي . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ١٤٣) .

(١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ م ٩٩ .

(٢) ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ م ٢٦ - جلزت ١ م ٣٤ .

(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ م ١١٩ - وانظر حكماً ثانياً في ١٧ مايو سنة

١٩١١ م ٢٣ م ٣٢٥ - وحكماً ثالثاً في ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ١٧١ .

(٤) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ م ٧٤ .

ولا يلتزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للتلط (١) . وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون يبيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان الهيل يبطل في هذه الحالة (٢) . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المبيع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (٣) . ولا يعتبر غلطاً يحمل القيد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (٤) .

١٧١ - التلط في شخص المتعاقدين : وإذا طبقنا معيار التلط الجوهري

على التلط في شخص التعاقد ، فإن التلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقدين أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا التلط إنما يقع في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقدين محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع في ذات المتعاقدين إذا كانت هي محل الاعتبار ، كالتلط في شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهرية من صفات المتعاقدين كانت هي الدافع

(١) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٢٣٩ - واضر حكماً آخر في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ من ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . واضر في التمييز ما بين التلط في الشيء واليب الخفي فيه نظرية القيد للمؤلف مرة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى اليب في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ١٠٢/٣٢٤) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تنظام بأخصاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ١٥٢) .
(٢) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٣٣٣ .

إلى التعاقد كان يجب شخص لا آخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك ، وكان يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا رية فيه فيتضح أنها امرأة تحترف المهارة حتى لو لم تكن تبشر مهنتها في المنزل ، وكان يتعاقد شخص مع أحد الفنانين (مهندس أو صانع في عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر في فنه (١) . بتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هي محل الاعتبار وهي التي دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتي ، وهو المعيار الذي يطبق في جميع نواحي نظرية الغلط .

١٧٢ — الغلط في القيمة : رأينا أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر في صحة العقد . أما إذا سائرنا النظرية الحديثة وهي التي أخذ بها القانون المصري ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط في القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذى باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة ، وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذى يطالب به ، بأن صاحب البضاعة في هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل (٢) .

(١) أنظر في هذه المسألة وفي غيرها نظرية انقذ للمؤلف فقرة ٣٦٠ — فقرة ٣٦٢ .

١٧٣ — الفلظ في الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الفلظ في السبب والفلظ في الباعث ، فتجعل الأول يطل المقد بطلاً مطلقاً ، وتجعل الثاني لا أثر له في صحة المقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الفرض المباشر الذي يقصد الالتزام الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أنها سقطت بحدوث الموصى ، كان هناك غلط في السبب بمعناه التقليدي ، فإن الورثة فصلوا من التزامهم بقصد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصه في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب (١) . أما الفلظ في الباعث ، وهو الذي

= ولعل يمثل الثابت (وكان حارساً قضائياً) الوفاة بهذه الصلة مستطفاً أن الاتفاق على الدين هنا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن الدين مزم بطروء بالصلة المصرية ، فقضت محكمة الاستئناف المختصة بإلزام الدين بدفع الفرق بين سعر السلمين في اليوم الذي كشف فيه هذا الفلظ (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨٤ م ٧٦) . كذلك إذا استوفى الدين مبلغاً أقل مما يتصل من فلتظ منه ، لم يكن هذا الوفاة مبرراً لقمة الدين في كل الدين (محكمة الاستئناف المختصة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢٤ م ٢٣٥) . أنظر أيضاً في الفلظ في العينة فلكل الاستئناف المختصة في ٢ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٢٢٤ ، وفي الفلظ في العينة في عقد التصاريح محكمة الاستئناف المختصة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤٤ م ٢٦١ — وحكماً ثانياً في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩٦ م ١٠٢ — وحكماً ثالثاً في ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥٠ م ٣٥٠ . وانظر أحكاماً أخرى تخصي بغير هذا المبدأ في نظرية العقد للولاء م ٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هنا ويلاحظ أن الفرق ما بين الفلظ في العينة والتين يقوم على أنه ليس من الضروري أن تتطابق العتيرين يكون قد وقع في غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذي يصادف عليه ، فقد يكون على بينة من قيمة الشيء الحقيقية ويعمل التين بالرغم من ذلك .

(١) أنظر ما جاء في نظرية العقد للولاء بقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الفلظ في الباعث أن يطلّع الورث مع الموصى له على أن يعلم الأول لثاني جزءاً من الشيء للموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الورث أن الوصية لآفة وقت موت الموصى ، ويضع بعد ذلك أن للموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا لكل ومثل قسمة الورث مع الموصى له . ففي الحالة الأولى يتزاح الورث في الوصية ويتولى بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع في أن الورث لم يعلم للموصى له إلا جزءاً من الشيء للموصى به . فالغلط هنا يقع في الباعث . أما في قسمة الورث مع الموصى له ، فالورث يعلم بالوصية ولا يتزاح فيها ، لذلك انضم مع الموصى له العين القائمة وأصلها نصيبه ، وهو القدر للموصى به ، كلاً ما يخصني عقد القسمة . فالغلط هنا يقع في السبب بمعناه التقليدي .

لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فثله أن يبيع شخص شيئاً وهو مريض ويعتقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطن في البيع بدعوى أنه صدر منه وهو في مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهي المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى ، كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يميز البائع أن يطلب إبطال البيع (١) .

ونرى من ذلك أن التمييز بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دمنا نحفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط . فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط

(١) ومن أمثلة الغلط في الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغي ألا يؤثر في صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة متفداً أن سيارته نقدية قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو اشترى موطب متراً في مدينة متفداً أنه سيقبل إليها ثم يتبين بعد ذلك أنه لم يقبل ، كان هذا غلطاً في الباعث ، وينمى ألا يؤثر في صحة العقد وإلا نعرض التعامل لحظر الرعزع وعدم الاستمرار . ولكن هذه الطرفة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يبرس التعامل لفرع في مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن المتفاد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . ونرى فيما يلى أن الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال يجب أن يشترك فيه التعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعزع التعامل في شيء أن يطلب مشتري السيارة أو مستأجر المنزل ، في المثلين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المشتري في المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته نقدية قد كسرت في حادث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هى التى دعت المشتري إلى الشراء ، أو أن البائع كان على علم بأن الواقعة التى دعت المشتري إلى الشراء إنما هى واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك — وما دام المستأجر في المثل الثانى يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه مل فى المدينة إلى استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن الغلط الذى دفع الموطب إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك .

في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل لقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً والغلط في الباعث يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث - فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ويغلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة في الغلط ويعملون معياره الغلط الجوهري ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويقولون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فيرتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

(١) أنظر في التوفيق ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلانيول وريبير وريولانجيه سنة ١٩٤٩ الجزء الثاني فقرة ٣٠٥ وقرة ٢٩٩ وقرة ٣٠٤ وقرة ٨٧٤ — أما الفقه المصري فقد سار وراء الفقه الفرنسي في هذا التناقض : أنظر الدكتور عبد السلام ذهني بك في الاتراعات فقرة ١٣٠ — الدكتور محمد وهبة فقرة ٢٦٠ وقرة ٣١٨ — فارتن نظرية العقد للولف ص ٣٧٥ ملحق رقم ٧ — ولفون والتون ١ ص ٥٢ — ص ٥٣ — ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط في الباعث (في ظل القانون القديم) لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية في الشيء أو في الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يبين أن نظرية الغلط هي نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق ذلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود به ذلك فيجعل الجزاء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبي (قابلية العقد للإبطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلي بهجت بدوي ص ١٧٣ و ص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ — ص ٢٣٤) .

هذا التناقض المريب ترقاه القانون المصري الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة في كل من الغلط والسبب . وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة . فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هي التي تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط في كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يكون هناك محل لقول بأن السبب المخلوط يجعل العقد باطلاً ، فالسبب الذي يجعل العقد باطلاً في القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده (١) .

١٧٤ - الغلط في الواقع والغلط في القانون : وفي كل ما قدمناه من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهري . سواء وقع الغلط في الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، لا تفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط في الواقع أو غلط في القانون . فما دام جوهرياً . أى مادام هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٢ من القانون

== التطور . فقد كان هناك مثل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبنى على ذلك أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فلا يؤثر في صحة العقد . ومنذ تطورت النظرية التقليدية في الغلط ، واستبدل لمعيار الموضوعي معيار ذاتي ، أصبح الغلط في الباعث يؤثر في صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط في السبب بمقتضى التقليدي والغلط في الباعث ، فلا زال الغلط في الحالة الأولى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الحالة الأخرى فأمره بمى مختلفاً عن أمره في الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلاً للإبطال . إلى هنا جى التمييز سلباً ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث . ولكن منذ تطوروا نظرية السبب هي أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث في النظرية الحديثة ، صار متعباً أن نجعل حكم الغلط في السبب هو حكم الغلط في الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك جى اتفق إلى حد كبير محضاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالبال ما حدث من التطور .

(١) وسرى عند الكلام في نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب للغلط (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واتصر على ذكر السبب غير المشروع .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط في السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط في الباعث فيكون العقد قابلاً للإبطال في الحالتين كما قلنا ، فإن الغلط في السبب بمقتضى التقليدي ، أى الغلط المتعلق بالفرض المباشر الذى يقصد اللزم الوصول إليه من وراء التزمه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكون العقد لاسدام الرضاء أو لاسدام الغلط على ما سعى عند الكلام في السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلاً كما أسلفنا القول .

للقانون الجليد إذ تنقض بما يأتي : و يكون العقد قابلاً للإبطال لنقض في القانون إذا توافرت فيه شروط النقص في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هنا ما لم يقض القانون بغيره (١) . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص في هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه في مصر سارا على أن النقص في القانون كالنقص في الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال (٢) .

والذي كان يلبس الأمر في هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تنقض بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : ولا يفرض في أحد أنه يجهل القانون (Nul n'est censé ignorer la loi) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخالف بها بدعوى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما لمكن تطبيقها تطبيقاً متبجاً لو أضحتنا جانب العذر في ذلك . ويدخل

(١) طرح النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٩ من المشروع التيمسلي على الوجه الآتي : « النقص في القانون كالنقص في الواقع ، يجعل العقد قابلاً للإبطال ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات تقنية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وتردعت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ طويلاً في استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتي : « يكون العقد قابلاً للإبطال لنقص في القانون إذا توافرت فيه شروط النقص في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هنا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١٥٩ - س ١٦٤) .

(٢) حتى مجلس نسط (convention) فقرة ٦٠ - والنون ١ ص ١٨٦ - س ١٨٩ - الدكتور عمود وهبة فقرة ٢٦٢ - الدكتور عبد السلام ذهبي بك فقرة ١٢٠ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١٢٢ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ١٦٥ .
وقضت محكمة الاستئناف المختطة بأن النقص الواقع في صفة جوهرية في الشيء يفسد الرضاء لا فرق في ذلك بين غلط في القانون وغلط في الواقع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤) .
وهفت كذلك بأن الاعتراض بصفة المأثر لغيره لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلط في القانون (١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢) ، وبأن إضفاء الورثة على عنصر مجرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث في مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التي أضحت عنصر الميراث تؤول إلى الميراث في بيع الميراث مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١) .

في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ في المائة ، فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض تقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة . بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتحك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون (١) » .

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لخلط في الواقع ، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان الواقع لهذا الصلح توهم الدائن بدار الدين (استئناف مخطئ في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦١) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ١٢٢ ما يأتي : « قصد المشروع ... إلل القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون . فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان الفني استناداً إلى قاعدة انقراض عدم الجسبل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا تجاوز الأمر هذا النطاق فيكون للغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهري ، شأن الغلط في الوقائع من حيث ترتيب البطلان الفني ، سالم يخص القانون بغير ذلك ، كما هي الحال مثلاً في عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصري على ذلك : أنظر استئناف مخطئ في ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٤ - ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩) .

وبلاط أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست عملاً لاختلاف فيها هو الذي يمتنع به . أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦ - وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٢ - وفي ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤) . ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم خلا ، فإذا لم تكن عرضت على الحاكم ، فإن النقص إذا رجع رأياً على رأي خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦) . وقد ينبغي أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجري تطبيق النسل على مقتضى الرأي الذي سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأي آخر ، ففي مثل هذه الحالة يعمد باعتباره

ومن المقيد أن تطبق هذا المبدأ على جميع أنواع النظم التي سبق تفصيلها . فالنظم في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء منه أن يصعد شخص يبلغ دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مالياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب لإبطال التصهد . ومثل النظم في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يجب رجل لطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لصحته جاهلاً أن الطلاق الرجعي يتقلب باتناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعد جديد . ومثل النظم في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فلذا به يرث النصف . ومثل النظم في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المخطئة من أنه إذا اختلف الوارث بحق الغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإبطال هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاه الوارث يكون مشوباً بنظم في القانون (١) .

ب - كيف يحصل للمتعاقد الآخر بالنظم

١٧٥ - **النظم المشترك** : لم تعرض في كل ما قدمناه إلا للمتعاقد الذي وقع في النظم ، فهو الذي تطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار النظم الجوهري .

= النظم في القانون مؤثراً في صحة العقد (أنظر في تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع رسالة الدكتور نهسي نور ص ٧١ - ص ٧٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك به على حذو النظم في القانون إلا إذا كان النظم قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو يجمع عليه من القضاء . فلذا قرر أحد متكون حريق حدث بطاركة جديدة المسكونة لإقراراً بأنه تسل من خزنة للديرة ١٥٠ جنبها بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان المسكونة وحفظها هذا أي حق في مطالبتها ببيعها ، ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بنظم في القانون . والمسك الذي يتجره كذلك مستنداً إلى أن المركان حين الإقرار يحدد أن مصلحة السكا المبيد غير مشوبة من الخلل ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يحدد لاحقاً له فيه ، هو حكم مخالف للقانون عين نفسه . وذلك لأن الأمر الذي يحصل أن صاحب الإقرار كان يجهل هو المسؤولية المترتبة على الخلل بسبب الخلل في تنظيم المبالغ المسكونة أو سوء إدارتها ، وهذه المسؤولية لا يطلع بها في القانون العصري نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء ، فلها إذن لا يتوجب الإقرار بالنظم للتوجب لفساد رضاه المقر ، وعين إذن إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به (نفس مدني في ٣ يونيو سنة ١٩٢٨ بمجموعة عمر ٢ ولم ١٢٧ ص ٢٩٤) .

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ - جازيت ٨ ولم ١٩٢ ص ٧٩ .

ولكن هل يبقى التعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار كما قدمنا ذاتي ، وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ، ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار يدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل فى سريره فيعلم إن كان رضاًؤه قد صدر عن غلط !

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردى لا يكتفى ، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune) . ذلك أن التعاقد إذا وقع فى غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر فى هذا الغلط ، ثم تبين الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد ، فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتنمر من تقلقل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هي من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للخطأ إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع ، فلا يكون هذا الخطأ مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الخطأ الذى وقع فيه المشتري .

هذه هي نظرية الخطأ المشترك ، وهذه هي الحجج التى يقدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظريتهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتمشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الفرض العملى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الفرض من طريق آخر .

أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر ، لأن الخطأ يفسد رضاء من وقع فيه ، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون التعاقد الآخر لم يشترك فى الخطأ . فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع التعاقد الآخر فى هذا الخطأ أو لم يقع .

وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً، ولكن المتعاقدين الذي صدر منه رضاه صحيح كان يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقدين الآخر، وتركه مسترسلاً في غلظه فون أن ينبيه إلى ذلك. فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً، وليس من شأنه أن يطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك. ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقدين الأول، ولنفرض أنه وقف موقفاً سليماً محضاً، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطلق فيه. ويبدو أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة، فإنه إذا كان عدلاً أن يطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط، فالأولى أن يطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبيه إليه.

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل، فإن ذلك يظهر في وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردي، واقتصاراً على اشتراط أن يكون المتعاقدين الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذي سنبيته فيما يلي.

١٧٦ - الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقدين الآخر: يمكن إذن أن يكون الغلط فردياً (١). ولكن إذا كان المتعاقدين الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب، حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه. وهذا ما تقضى به المادة ١٢٠ من القانون الجديد، فهي تنص على أنه إذا وقع المتعاقدين في غلط جوهري،

(١) وقد سارت محكمة النقض في هذه النظرية إلى النهاية، فأكثفت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية، وأبجزت الحكم بصحة تطبيق قواعد الشولية التفسيرية. فثبت بأنه إذا أثبت المتعاقدين أحدهما أن الغلط، ثم أثبت أنه لو لا هذا الغلط ما كان عقد الشراكة، حكم له بإبطالها ولو كان للمتعاقدين الآخر حسن النية غير عالم بطلان صاحبه، إذ أن حسن نية ليس من شأنه أن يقيم مشاركة بطلان، وإنما هو قد يجعل له على القاطع حقاً في ترميمه لأن كان يستحق طبقاً لقواعد الشولية. فإذا قضى الحكم بإبطال الإقرار للواقع من البول بموافقة على تحديد مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقة كانت من غلط وقع فيه، فإنه لا يكون مجابة على ترميمه علم مصلحة الضرائب بطلان (عنى مدني في أول أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦). ولكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لما وضع خاسر، وشأنها ليس كأن للمتعاقد الذي. فهي إذا لم تعلم بطلان البول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن مات عليها ربح غير معروف، فهل لها أن تكون من ذلك؟

جائز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وغلباً المتعاقد الذي وقع في الغلط المتعاقدين الآخر بدعوى الغلط ، ولزم أن يبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك ، والمخطئ هو المتعاقد الأول الذي أهمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقدين الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً (٢) . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر

(١) تلخيص النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري وقت إبرام العقد ، فيجوز له أن يسك بالاطلاق إن كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بموقعه إلى الوقوع في الغلط ، أو كان والغالب مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة عبارة «ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بموقعه إلى الوقوع في الغلط» لأن هذه العبارة تفترض حالة يندر وقوعها وإذا وقت أمكن أن تندرج تحت حالة من الحالات الأخرى ، وحذفت عبارة «وقت إبرام العقد» لعدم ضرورتها . وأصبح ولم المادة ١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . أما لجنة القانون الذي لمجلس الشيوخ فبعد تردد طويل وافقت على المادة كما أقرها مجلس النواب وأصبح رقياً ١٢٠ ، وقالت في تقريرها ما يأتي : «اقتراح الإعراس عن نظرية الغلط المشترك كما صرحها المادة ١٢٠ من المشروع ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط المشترك في إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتضيق المجال لضروب من الادعاءات والمطالبات انعقد الإجماع على وجوب توقيفها . ونس المشروع في الغلط ينمى مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها ، فهي تؤدي إلى تكميل نفس النتائج التي يصل إليها الفقه الآن عن طريق تطبيقات أخرى ، وهنا إلى أنها تعجز بالوضوح وهي بعد تعرض فروضاً متعققة في الغلط إذا كانت تشترك جيباً في أن الغلط فيها يبطل العقد فإنها تختلف في بقية الأحكام ، فالغلط إذا كان مشتركاً بين البائع والمشتري كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انحدر المشتري بالغلط فالبائع لما أتى يكون على علم بذلك ويكون سبب نية ولزم فوق إبطال العقد بالتعويض وهذه حالة أدنى ما تكون إلى الدليس ، ولما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشتري وقد يكون في الظروف في هذه الحالة ما يميز اعتباره مقصراً أو زلماً بالتعويض بسبب هذا الضمير . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٤٠ - ١٥٤) .

(٢) بقاء العقد صحيحاً هو كما قررنا على سبيل التعويض . إذ أن العقد هنا لم يتم على إرادة المتعاقدين الحقيقية ، لأن لإرادة أحد الطرفين صحيحة وهو يسك بإبطال العقد . بل لم يفتد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات . وقد سبق أن أشرنا إلى =

لا علم له بالنلط وليس من السهل عليه أن يقيته . أما إذا كان عالماً بالنلط وأنه هو الناطق إلى التعاقد فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مئة التية . وإذا لم يكن عالماً بالنلط ولكن كان من السهل عليه أن يقيته وأن يبين أنه هو الناطق إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً (١) . ويخلص لنا من كل ذلك أن النلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يقيته .

إذا تحددت نظرية النلط على هذا النحو فإنها لا تتناقض مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذي وقع في النلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد . فقد ثبت (٢) أن هذا المتعاقد الآخر كان

== أنة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذي تخلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الخفية ، ومنها العقد الذي لا يقترن فيه القول بالإيجاب إلا حكماً ، فلا يقوم العقد في كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة للبروعة .

وواضح في كل ما تقدم أنه أن القصد بالإرادة الإرادة الخفية لا الإرادة الظاهرة . ولو استندنا بالإرادة الظاهرة لقم العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجليد قد أخذ في الحالات المضمرة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الخفية ، تحقيقاً لاستقرار التعامل .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن النلط الفردي كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر ما علم أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطاح سنيك تجر مفلس على دين للفلس في ذمة إحدى الشركات ، وكان السنيك يجمل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بفك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التي اصطاحت مع السنيك ، ولو أنها كانت لا تسلم بجمل السنيك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنيك . فأبطلت المحكمة العقد للفلس (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ م ٢٥٠) .

(٢) والذي يسمى الوقوع في النلط هو الذي ينهض بسبه الإثبات . وثبت وقوعه في النلط وإبطال التعاقد الآخر بفك بجميع طرق الإثبات ، لأنه ثبت وقائع مادية . وما يجعل هنا الإثبات صعباً أن يكون النلط الذي وقع فيه غلطاً لا يفر من أجله ، فتمثل هذا النلط بيمد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يقيته . ومن هنا وجد معيار آخر هو النلط للتضرر (erreur occasionnelle) والنلط غير للتضرر (erreur inexcusable) . فالنلط للتضرر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يقيته . أما النلط غير للتضرر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يقيته إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . وبمجرد إذن القول بأن النلط إذا كان غير متضرر كان هذا حرية قضائية على جيل المتعاقد الآخر ، وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يقيته .

مشتركا في النطق ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتيقنه .
وهو في الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يعلم بإبطال العقد ،
وهو في الثانية سوء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو في الثالثة مقصر
وتعويض التصغير الإبطال (١) .

وغنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بالنطق

(١) هنا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التيمسدي كانت تنص على حلة رابعة
أغفلها المشروع النهائي لأنها تدرج في الحالات الأخرى ، وهي حلة مالذا كان المتعاقد الآخر
ولو لم يرتكب خطأ ، قد جبر المتعاقد الأول بموقعه إلى الوفرع في النطق .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمسدي ما يأتي : « كان من واجب للصرع أن
يطلع برأى معين في مسألة الفاضلة بين اشتراط النطق للفتك ، وهو مما يقوم بنهجن المتعدين
سما ، والاجتزاء بالنطق القرصي . وقد اكتفى للمشروع بالنطق القرصي بوجه علم . بيد أنه
لشروط لترتيب حكم النطق عند عدم اشتراك طرق التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جبر الآخر
إليه بموقعه ، أو أن يكون عالما بموقعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتيقنه . ويلاحظ
أن المتعاقد الآخر في هذه الفروض الثلاثة ينسب إليه أمر يرتب مسئولية ، وهنا ما يبرر طلب
الاطلاق . أما إذا بني بمزج عن ظروف النطق ، بأن وقف موقفا لا يبرر إلى الوفرع فيه
أو امتنع عليه العلم به أو يتيقنه ، فلا يجوز التسليم بطلان العقد إلا إذا سلم بوجود تعويض
هنا المتعاقد ، عملا بنظرية الخطأ في تكوين العقد ، وهنا هو ما اتجه الفقيه الألماني ...
ما للمشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلا من أن يغول من وقع في النطق حتى
التحك بالاطلاق ، ثم يلزمه في ذات الوقت تعويض ما يصيب المتعاقد الآخر من خسارة ، جعل
للعقد حكم الصحة ومبدأ ينك أجدي تعويض لهذا المتعاقد . وليس هذا إلا تطبيقا لتسريحا عاما
لنظرية الخطأ في تكوين العقد ... هنا وينبغي التنويه بأمرين : (أولهما) أن النطق الذي يبرر
إبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو ينسب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون
في مقدوره أن يعلم به ، قد يائب اصطلاحاً « بالنطق المتفرع » . وصحح النطق « غير متفرع » ،
ولا يؤدي بذلك إلى إبطال العقد ، إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد
الأخر ، أو يبرره إليه ، أو يعلم به ، أو يتسليم العلم به . (والثاني) أنه لا قصد بطلان الطرف
الأخر بالنطق تبينه واقعة النطق لحجب ، بل وقوعه على أن هذا النطق كان دافعا إلى إبرا
العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٢ - ١٤٣) .

هنا ويلاحظ أن القانون الجديد ، بشرطه اتصال المتعاقد الآخر بالنطق ، ويتخذانه قرأتين
موضوعية لإثبات النطق في ذاته ، قد تخفف من الزعة الضيقة للفرقة التي تميز نظرية النطق في
الدرسة اللاتينية . وقد يرى بعض أئصار هذه المدرسة في هذا ابتعادا عن العقائد اللاتينية ،
ولسكنه اصداد تبوره الرغبة في استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعادا عن عقائد
الفقه والعصاف في مصر . والملة ظاهرة بين القرأتين الموضوعية التي تثبت النطق وبين اتصال المتعاقد
الأخر بالنطق ، فإن هذه القرأتين الموضوعية كثيرا ما تثبت النطق وتثبت اتصال المتعاقد الآخر به
في وقت واحد .

على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعني أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا النقط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول (١) .

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفى فيها النقط الفردى لإبطال العقد ، هى ألا يتمكن التعاقد الذى وقع فى النقط من إثبات أن

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠ . هناك وحتى يتيسر للتعاقد الذى وقع فى النقط أن يثبت ما يجب عليه إثباته ، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما قام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعت إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشيء أو فى الشخص أو البسائط التى حله على أن يتعاقد أو النية التى يقدرها لشيء ، حتى يثبت بذلك علم التعاقد الآخر بالوقوع التى ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان وإحدا فيما قدره ثبت فى الوقت ذاته أن التعاقد الآخر كان علماً بما وقع فيه من النقط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال النقط إلى الاستناد إلى أن انتمى الذى وقع فيه النقط كان على بيان فى العقد .

وفى القانون الجديد واضح فى أن المطلوب إثباته هو أن يكون التعاقد الآخر واقعاً فى ذات النقط الجوهرى الذى وقع فيه التعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا النقط الجوهرى أى على علم بأن النقط كان هو الدافع إلى التعاقد ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا النقط الجوهرى هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهنا معناه أن النقط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد (*dans le champ contractuel*) . وكان من الممكن أن ينفى القانون عند هذا الضابط الأخير (أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠) ، لولا أن الحالات الثلاث التى فصلها النص يحسن تمييز كل حالة منها عن الأخرى لأهمية ذلك من الناحيتين السلبية والقانونية .

أما الناحية السلبية فأمرها ظاهر ، إذ التفصيل يرسم فى ذهن صورة عملية من هذا الضابط . فلو انقصر القانون على أن يذكر أن النقط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيان وقصير ، ولا يتم التصريح إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث ، ولعلاب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدنى إلى الفقه النظرى منها إلى التشريع الملى .

وأما الناحية القانونية فنستفهم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة . والحالة الأولى ، وهى حالة النقط المشترك ، لا عمل فيها لتعويض على التعاقد الذى وقع فى النقط . وبحسبه أن يطل العقد ، ما دام التعاقد الآخر كان مثله واقعاً فى النقط أى كان حسن النية . أما الحالتان الأخريان — وهما حالة علم التعاقد الآخر بالنقط وحالة سهولة تبيينه للنقط — فقد يكون فيما على لتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء سوء نية التعاقد الآخر فى حالة علمه بالنقط ، أو من جراء قصيره فى حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يتبين النقط . (أنظر بلانويل وريير وإسبان ١ فقرة ١٨٩) ، والتعويض أقرب مثلاً فى الحالة الثانية منه فى الحالة الثالثة .

المعاقد الآخر كان مشتركاً في هذا النطق أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

١٧ - عليّ النطق الذي يتصل به المتعاقدين الآخر على أموال

النطق المختلف: ويحسن أن نطبق نظرية النطق الذي يتصل به المتعاقدين على أموال الناطق المختلفة - الناطق في الشيء والناطق في الشخص والناطق في القيمة والناطق في الباعث - حتى تتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضى .

فلذا كان النطق في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أخرى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذي ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان

(١) ومن ذلك بين أن محكة استئناف مصر كان في استطاعتها أن تلبأ إلى هذا الباب لتبرر حكم أصدرته على الوجه الآتي : «إذا باع شخص عقراً لتسديد دين موته ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً ، فلا يجوز له أن يرفع دعوى بطلان البيع للنطق لأنه كان يعلم برامة موته من الدين ، وذلك لأن النطق في هذه الحالة يكون في الباعث له على التعاقد لا في سببه . والنطق في الباعث لا أثر له في صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للنطق التي يجب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثته الفقه والقضاء من أن النطق المؤثر في صحة العقد هو الحاصل في الواقع الرئيسي إلى التعاقد ، ومن ثم لا يعود هناك محل للفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدين قد خاسم هذا الورث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ في تسديد الدين فعلاً ، وأنه في سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً ليعود ما اعتقد أنه بقي من الدين في ذمته ، دون أن يمتدح هذه المسألة وعلمية الدين ، وكأنه قبل التعاقد وهو في حقيقة نفسه يتحمل تبعة ما يتجمل عنه الواقع ، في هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلاً للنطق إذا أخلف الواقع ظنه ، لأن الواقع لم يخالف إرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذي يجوز في خاطره دون أن يرق إلى منطقة الإرادة» (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحلطة ٢٩ رقم ١٠٤ - ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشتري من الورث لم يشترك في هذا النطق للواقع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى حين النتيجة عن طريق قانون سليم . أما محكة الاستئناف المختلفة فكانت أكثر توفيقاً في إبراز المعنى الصحيح حين قالت : «لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً لمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط ما دلهما خلاصته الآخر كان حسن النية وكان يعلم هذا النطق ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده» (أولديونه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ - ١٧١ ، وأطر حكماً آخر من محكة الاستئناف المحلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ - ١٢٦) .

يظن مظهره أن الشيء أثرى وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثرى وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثرى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عني المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثرى . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اقتضتها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنة الانحياز في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يجب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فلو اhab أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة : كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمة الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم : يجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمة الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط ، وإما عالماً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفى : كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت ، أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في

في مرض الموت وإن هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم ثقافة الثمن مع خطورة المرض قريبة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط القردى لا يصطلم مع استقرار التعامل متى روجبت قواعد الإثبات التي بينها .

١٧٨- التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية : وقد اشتمل

القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع اللاتى في الغلط . فقصت المادة ١٢٤ بما يأتى : ١٥ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استمداه لتنفيذ هذا العقد^(١) .

ويتبين من هذا النص أن أى تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أنطام مقبلاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها محصورة ، فيعرض عليه البائع التناقصات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يجاب المشتري إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التصف في استعمال الحق

وقد أورد الشق الثانى من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذى وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استمداه لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سباً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في المادة ١٧١ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ١٢٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون للدق بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤ . وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التصف في استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة (مجموعة الأعمال المضيرية ٢ ص ١٦٦ - ص ١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الائتمالات السويسرية والمادة ٢٨ من قانون الائتمالات البولوني . وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المخططة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ .

فلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الحائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثنى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراؤه (١) .

٢٨ - التدليس (*)

(Le dol)

١٧٩ - **عقود التدليس بالغلط :** التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالمعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ١٢٤ ما يأتي : « أيجب لمن وقع في الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقدراً مسبقاً . تلك هي علة حق التمسك بالبطلان ، وهي بنتها مرجح حدوده . فحق كل من المدين أن يطلب بطلان العقد إذا أراد أن يبرم عقداً ، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما علم أن العقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشتري شيئاً ، متفقاً خطأً أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسله نفس الشيء الذي انصرفت عنه إلى شرائه . وبخلاف هذا الوضع ما ينبع من تحويل العقود كما سيأتي بين ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٦٧) . وسنرى عند الكلام في تحول العقد إلى أي حد يتطلب الوضمان انتشار إليهما في المذكرة الإيضاحية وإلى أي حد يختلفان .

(٢) **بعض المراجع :** مقال بلانيون في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ من ٥٤٥ - سالي في إعلان الإفادة من ٥٠ وما بعدها - ديموج ١ فترة ٣٣٨ وما بعدها - بلانيون وريبير وإسبان ١ فترة ١٩٩ وما بعدها - رسالة دريفيس (Drifus) في التدليس المدني والمجاني باريس سنة ١٩٠٧ - رسالة الدكتور يحيى تاج الدين في التدليس وفي التصوير غير الصحيح لليون سنة ١٩٢٦ - رسالة جاي (Jay) في التأثير غير المشروع في القوانين الأنطوسكسكونية ديموج سنة ١٩٢٧ - رسالة جورف (Gouffé) في مبدأ حسن النية باريس سنة ١٩٢٨ - أماستين (Agalston) في التدليس والفسخ من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ - كوهين (Cuhin) في التكتيل المحللي - باريس سنة ١٩٢٩ - رسالة بيران (Perrin) في التدليس في تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ - برجيه - ماشون (Burger-Vachon) في تدليس ناقص الأهلية في تكوين العقود وتنفيذها المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ من ٤٦٧ - رسالة فونان (Vounon) في حسن النية بورديو سنة ١٩٣٩ - والنون ١ من ٣٠٧ وما بعدها - نظرية العقد للوقت فترة ٣٧٥ وما بعدها - الدكتور حلي بهجت بدوي فترة ١٢٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سبت فترة ١٦٧ وما بعدها .

والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للفظ الذي يولده في نفس المتعاقد .
والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد . كذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته ، وتكون عادة أشد جساماً من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني . كما سئرى (١) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويخطئ به كما قلنا ، فنبداً بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تنفي عن نظرية التدليس .

١ - عناصر التدليس

١٨٠ - **مختصره :** تنص المادة ١٧٥ من القانون الجديد على أنه
١٥ - يجوز لإبطال العقد للتدليس إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاعبة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاعبة (٢) . وهذه المادة

(١) أنظر في التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي حكم محكمة الاستئناف المخططة في ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٩ ص ٢٨٧ .

(٢) تلويح النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٣ من المشروع الجديد على الوجه الآتي :
١٥ - يمكن التدليس سبباً في بطلان العقد إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو شخص ينوب عنه ، أو أجنبي اشترك معه في هذه الخيل ، من الجسامه بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - يعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملاعبة يجعلها للعقد الآخر سكوتاً تدليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليم لو علم هذا المتعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملاعبة . وفي لجنة المراجعة تمرد حذف عبارة «أو أجنبي اشترك معه فيه» من الفقرة الأولى لأن حكمها مستمد من المادة التالية ، وتمردت لجنة صياغة المادة بقترتها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة «لما أبرم» في الفقرة الأولى بعبارة «لم يبرم» ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ١٧١ - ص ١٤٤) . وانظر ملحق ٢١ من المشروع الفرنسي للإطالة ، والمادتين ٥٦/٢ من القوانين التونسية والمرأكمي ، والمادة ٩٤ من القانون البرلنلي .

تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتي :

« التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مرتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى ». ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا في ناحية الصياغة والأسلوب وفي النص صراحة في القانون الجديد على التدليس السلي .

وتنص المادة ١٢٦ من القانون الجديد على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (١) ». وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم ، وقد حسم إشكالا كان قائماً منفصلاً فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين (٢) : ١ - استعمال طرق احتيالية ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ - تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي . وهذان العنصران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير (٣) .

(١) أنظر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات اللبناني . وانظر طريح النص فيما يلي (مادة ١٨٤) .

(٢) وهي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذي يحمل عبء إثبات هذا التدليس متصرفه . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المعلوم به بالتدليس مكتوباً لأن التدليس واقعة مادية (استشاف غلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ من ٩ - محكمة بي سوف الجزئية في ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ من ٢١٧٧) .

ووقوع التدليس مسألة موضوعية ، لقاضي الوسوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقوع التدليس مسألة قانونية تخضع للربط بمسألة النص ، وذلك كالتب فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفي للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر عن الغير يؤثر في صحة العقد (نص مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رد ١٢٣ من ٢١٤ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ من ١٠٤٩) .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في صدد المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ما يأتي : « يشترط في التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من غرضه له ، أن ينطوي على حيل . بيد أن هذه الحيل تختلف عن سبيل في التصب الخائن ، إذ يكفي فيها مجرد الانتفاع من جانب المتعاقد ، ككونه عمداً عن واهية جوهرية تحملها المادة الآخر . والواقع أنه ليس ثمة تطلبين تفرع التدليس المدني والتدليس =

١٨١ - استعمال طرق احتيالية : الطرق الاحتمالية متطوى على جانين :

جانب مادي هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير ، وجانب معنوي هو نية التضييل للوصول إلى غرض غير مشروع .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقدين ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضييل حسب حالة كل متعاقدين ، فالمعايير هنا ذاتي . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس في أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخلون لأنفسهم صفات متحلة . وهناك من يتخلى للمستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يعمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذي يريد (١) . ولا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل ، كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف (٢) .

على أنه لا يشترط في التدليس المثلث أن تكون الطرق الاحتمالية مستقلة عن المكذب ، قائمة بذاتها . كما يشترط ذلك في النصب الجنائي . ففي

الجنائي . ومهما يكن من أمر ، فليس ينبغي أن يحد في تقدير التدليس بما يترسل فيه المتعاقدين من كراء بشأن ما لتعاقدين من مزاي أو عيوب ، من كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن النبط والتخصيص (أنظر المادة ٦٦٧ من القانون) . ويشترط كذلك أن تكون الميل التي تقدمت الإشارة إليها قد دفعت من ضل بها إلى التعاقد . ومن شأن التقدير في هذا العدد غرض أو ذاتي ، كما هو الحال بالنسبة لنبوب الرضاء جيداً . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ١٧٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التي تتخذ لها مظاهر من الإعلان توم أن أعضاها مسئولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليساً يعطل التعاقد الذي يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١٠ من ٣٣٣) . ويكون للمللا لتدليس عقد التأمين الذي يقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبي (استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٤٨٠ من ٩٠) . وإذا أظهر القارئ ما من شأنه إيهام الكفيل بقيام الدين بتعهداته بفقد الكفيل كفائه تحت تأثير هذا الإيهام ، والتجديد قابل للاعتلال (محكمة الاستئناف الوطنية في ٣٠ مارس سنة ١٩٩٣ الموافق ٨ من ٧٥) - أنظر حكماً آخر لهذه المحكمة في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٧ المجلد ٣ من ٢٢) . وأنظر نظرية العقد المؤلف من ٣٩٣ حاشية رقم ١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ أبريل سنة ١٩٩٧ م ٩٠ من ٢٦٣ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨٠ .

بعض الأحوال يكفى الكذب ذاته طريقاً احتيالياً في التدليس (١). فالهم إذن في الطرق الاحتياطية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بأنفسها لتسند الكذب ، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تفضيلاً ، واختار الطريق الذى يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنبه له حائل معقدة ، ومنهم من يسهل غشه فيكتفى في التدليس عليه بمجرد الكذب (٢) .

بل قد يكون التدليس عملاً سياسياً عسافاً . فيكتفى بمجرد الكتمان (réticence) طريقاً احتيالياً . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليلاً ، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان ، فيلزم المتعاقد الذى يعلم هذا الأمر بالإفشاء به ، ويعد تدليلاً منه أن يكتمه . وتارة يكون الالتزام بالإفشاء

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التأكيدات غير الصحيحة التى تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذى يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلاً للإبطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لا حصل الرضاء (٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ المحللة ٣ ص ٢٨١) . وقضت محكمة أسبوط الكلية بأن الكذب التحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخسائمه السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير السكافي في رضاء من تم التعاقد معه على السبل ، وبذلك يكون العقد قابلاً للإبطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحللة ٩ ص ٥٥٥) .

(٢) على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفى لتدليس ما لم يبين بوضوح أن العقد المندوخ لم يكن يستطيع استطلاع الحقيقة بالرغم من هذا الكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٤ — وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ — محكمة لنيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحللة ٥ ص ٢٦٧) . ويلاحظ أنه كثيراً ما يجر إعطاء بيانات كاذبة لسرقة التأمين تدليلاً يبطل العقد ، كما إذا ذكر المؤمن له وهو بحار أنه مزارع فيخفى بذلك عن الشركة الأخطار التى تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١٦ ص ٣١٦) ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صم البيرة للمؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٢٥ ص ٣٢٥) . وقدر المبالغة عن سوء نية في قبضة النسيء المؤمن عليه أو في مقدار الصمر الماحصل تدليلاً (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٢٦٩ ص ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جلزيت ٢٠ ص ٧٩ — وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ — وفي ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤) . أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليلاً بشرط ألا يصير عليها المؤمن له مد أن يبين الحقيقة . كذلك إذا أخفى المؤمن له عنه وذكر اسم شخص آخره فإن هذا البيان الكاذب يعتبر تدليلاً (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤) .

مصلوه نص في القانون (١) . وطوراً يكون مصلوه الاتفاق الضريح ، ولكن في كثير من الأحيان يكون المصلو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز النسخ ، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن الأمر هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن التعاقد الآخر يجهله ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد (٢) . وهكذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت

(١) أنظر مثلا المادة ٧٦٤ من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة .
(٢) مثل ذلك أن يطلو وارث مع مدين لفرقة ، ويكفي الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجمل أن هناك تأمينا ضمن الدين كله ، وبعلم المدين جبل الورث بذلك فيكم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا المصلو ، وكأن يبيع شخص لآخر منزلا ويكم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للخدمة العامة . وقضت محكمة الاستئناف المختصة بأن يقع الخطر إذا كم عن المشتري أن هذا المصلو مستحق كليا أو جزئيا وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يقع الخطر من المفقو ، كان هذا تديليا (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ م ٢٢٧) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى الاستحقاق قد وضعت ضده ، فلا يجبر للمشتري بذلك دون أن تكون عنده نية التديليس ، بل وهو صحيح الاعتقاد بملكته وملكته من باع له ، لا يند تديليا ، وهنا قضت محكمة النقض وفات في أسباب حكمها ما يأتي : « حيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتديليس السلي ، واعتبر المدعي مالا بدعوى الاستحقاق ، واستنتج عليه من وصول لإعلان الدعوى المختصة إليه في حينه وقبل تحرر العقد الابتدائي فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والمحتكر والمفقو البينة كانت... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التملك قبل العقد النهائي ومن قبل ما هذا البائع يتسلم عقد البيع الرسمي الصادر له من البائين وكشوف خلو العين للبيعة من التصرفات على ما سبق قصصه بصدور هذا الحكم - ما جاء من ذلك يدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكته وملكته من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يمدد للمشتري بكتين دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختصة لأن الملك على كل حال هو من ضامه وضمان باميه ، فإذا استحق عليه أو غل للمشتري منه كان لما عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فضا للبيع وإلزاما له بالتخصيصات (نفس مدق في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ م ١٠٤٩) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن الضمان الموجودة بحظه من السرفة ، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة الموجهة في طلب التأمين أنه يبيع مشرقه ومبياته في سجل خاس وأنه يحفظ بقائمة جرد بضاعته ، وكان منصوماً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثم استغنى للمحكم استغلاما سائفاً أن البيانات المقر إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين الضمان ، وربما على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في طلب التأمين إجمالا لتس القيد ، فإنه لا يكون أخفاً في تخليق القانون . ولا يغير من ذلك أن البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين (نفس مدق ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ =

بأن ويصير تدليلاً السكوت محمداً عن واقعة أو ملازمة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بذلك الواقعة أو هذه الملازمة . ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليلاً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي يبنى مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في زيادة المتعاقد الذي يجهله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرف المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يعتمد كتمه عن المتعاقد الأول ، (٤) ألا يعرف المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر (١) . وأكبر ما يكون الكتمان تدليلاً

== ص ٧٠٦ - ملاحظة : تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدني الجديد على بطلان كل شرط صفي يرد في وثيقة التأمين ، وحين أنه لم يكن له واقعة أثر في وقوع الحادث المؤمن منه . ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أبطلت المحكمة المتعاقدين على التأمين تأسيساً على أن تحرير المؤمن له أن لديه دفاتر منتظمة لتقيد مشترياته ومبيعاته واقعة لجرد البضاعة راجعاً بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذي ظهر أنه يمينه غير باعث على الاضطلاع لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تحريره هنا كان في خصوص أمر جوهري لتلقه بسجل هو المرجع الرئيسي لصين ما على شركة التأمين أن تؤدي إليه في حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصور في تسيب حكمها ، إذ أن عدم انتظام التقيد في الدفاتر لا يؤدي عملاً إلى القول بكذب الدفاتر بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير في قوة الدفاتر كأداة إثبات . وإذا أن المحكمة حين اعتبرت اليان عن الجبل واقعة الجرد جوهرياً لتلقه بإثبات الضرر الذي يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيها بين الساقدين طريقة إثباته ، لم تبين ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الدفعة المؤمنة ، مما يفاده أن تعلق ذلك اليان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهري له (قس مدني في ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ ص ١٧٢) . (١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الكتمان لا يبيح أن يكون تدليلاً ما لم يترتب بحجة غير معروفة (قس مدني في ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت محكمة الاستئناف أسبوط بأن مجرد الكتمان لا يكفي اعتباره غشاً وتدليلاً ما دام الأمر الذي تصد أحد المتعاقدين كتمه عن المتعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المجلد ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه لا يعتبر تدليلاً كتمان اللذان المرتين عن مشتري الطوار المرهون أن هناك رهنًا آخر على القطار لم يكشف عنه صاحب الطوار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) . ويلاحظ أن الاخلاق الذي لا يعتبر الكتمان فيه تدليلاً في هذه القضية هو اتفاق المشتري مع اللذان المرتين على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه في نظير موافقته على البيع ، والكتمان لا يعتبر هنا تدليلاً لأن المشتري كان يستطيع من طريق الكشف عن القطار معرفة الرهن الثاني) . ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريكه وهو يتختمه أن =

في عقود التأمين (١) .

يقى الجانب المعنوى وهو نية التزليل للوصول إلى غرض غير مشروع .
لذا انعمت نية التزليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه
في أحسن صورة ، وهو لا يقصد التزليل بل يريد استهواء الناس (٢) .
وقد توجد نية التزليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ،
كما إذا استعمل المودع طرقة احتيالية للحصول من المودع عنده ، وتبين
أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالوديعة (٣) .

== الألمان التي أخضعها هذا الشريك هي ألمان مرفوع بها دعوى استحقاق جبة وقف بحيث
لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القصة يدخل في مستندات الوقف وأن معظم
ما اختص به شريكه يخرج عنها لا رضى بالقصة ، فإن هذا يكفي لا يعتبره في حكم المادة ١٣٦
مدن (قديم) حيلة ضد رضاء من خدع بها (مستند من حكم لمحكمة التقاضي في دائرتها المدنية
في أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، ملحق رقم ٦٩ سنة ١٨ قضائية ولم ينشر بعد - هذا وفي
واقع هذه القضية أن الشريك زاد على مجرد السكنى أنه أخبر شريكه أن ما يختص به غير
مهدد بنظر الاستحقاق) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تبين أن المشتري كان
تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين البائع على القطار المبيع وعدم استحقاق شيء
منه ولا من فوائدهم وقت تحرير العقد ، فأثر ذلك في نفسه ودفعه إلى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه
أدخل عليه الفتن والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار القوائد المستحقة على القطار قبل تحرير
عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه البائع من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والقوائد عند التصريح
في دفع القوائد في مواعيدها ، الأمر الذي أدى إلى حلول جميع الدين وترب عليه نزع ملكية
القطار ورسا مزاده على البائع ، فتل هذه التصرفات هي نوع من الفتن والتدليس الموجب
لبطلان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المملوكة ١٧ رقم ٣١٢ من ٦٤٥ : وهنا أيضاً جاوز
البائع مجرد السكنى إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشتري) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل
التأمين يعد تدليلاً (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ٩٠) . وكذلك يعد تدليلاً كتمان
المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعدته أمام شهود بإحراق متجره . لأن هذا
الكتمان من شأنه أن يؤثر في تقدير التبعة (استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠
جازت ٢٠ من ٧٩) .

(٢) على أن هذا لا يمنع من وقوع التعاقد الآخر في النقص ، ويظل العقد لائقاً لا لتدليس .
ويعرف القانون الإنجليزي ما يسميه بالمصور غير الصحيح (misrepresentation) وهو قرب
من حالنا هذه ، إذ يمان أحد المتعاقدين للتعاقد الآخر معلومات غير صحيحة ، ولكن عن
حسن نية ، فيظل العقد لائقاً لا لتدليس .

(٣) أظهر نظرية الالتزام لذكره أحد حشمت أوسنتيت فقرة ١٧١ من ١٢٣ .

١٨٢ - التدليس هو الرافع الى التعاقد : ويجب أن يكون التدليس

هو الدافع إلى التعاقد . وقاضى الموضوع هو الذى يت فى ذلك ، فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس العاقد المخلوع ليقدر ما إذا كان هذا التدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبمالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب (١) .

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذى قلمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يعمل على التعاقد وإنما يفرى بقبول شروط أبهظ (٢) ، فلا يكون سبباً لإبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخلوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (٣) . وهذا التمييز مستند . ذلك

(١) عمكة الاستئناف المختلطة فى ٣ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ م ٣٥١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ م ٥٤ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ١٤٧ - عمكة مصر الكلية الوطنية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٣/١٥ .

(٢) مثل ذلك أن يطلع بائع الطار المشتري على عقود لإيجار لهذا الطار ، وهي عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوجه بها أن ربح الطار مرتفع ، فإذا حله بفك على شراء الطار بشئ حال كان للمشتري أن يطلب تعويضاً من البائع هو زيادة الثمن الذى دفعه عن الثمن الذى كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت عمكة الاستئناف المختلطة بأن بائع السند بشئ مفسد إذا لم يتوقف الأقساط الواجبة الدفع ، وأنكر المشتري فسخ البيع بعد أن ربح السند للبيع الجائزة الكبرى ، وحل المشتري بفك ، بعد أن لأوجه أنه يستطيع فسخ البيع ، على أن يصطلح به على شروط باهظة ما كان قبلها لولا هذا التدليس ، يكون قد ارتكب تدليلاً غير حافع ، ويلزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ١٣٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٣٦٢) . وقد يحدث أن من يبرس شيئاً ليبيعه فى المزاد يتفق مع شخص على أن يتقدم فى المزاد ، ويزيد عليه مزيدة وهمية ، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمى قد يكفى لإنهاء العطاء الذى سبقه ، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للفش أو التمسك بصورة العطاء الأكبر . أما إذا نجحت الميعة وقدم شخص وزاد على العطاء الوهمى ورأس عليه المزاد ، فله أن يملن فى العقد بالتدليس ، ويكون التدليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا بإبطال العقد (دموج ٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) .

(٣) وقد اشتد التسرع التهميدى على من فى هذا المعنى . فقد قضت المادة ١٧٥ من هذا القانون بما يأتى : « التدليس الذى يجعل العقد أهلاً عبثاً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يسلط للدلس عليه إلا الحق فى مطالبة الدلس بالتعويض » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية بصدده هذه المادة ما يأتى : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما =

أن التدليس الذي يفرض على التعاقد بشروط أبسط هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقدة المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقه مكثفاً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقى في دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية . وكل تدليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتدليس غير الدافع وما سمي بالتدليس الدافع (١) .

١٨٣ - التدليس صادر من المتعاقدين الآخر أو من الغير -

القانون المدني القديم : كانت المادتان ١٣٦/١٩٦ من القانون المدني القديم ، في نصهما العربي ، تقضيان كما رأينا بأنه التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مرتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقدين الآخرين بحيث لولاها لما رضى . وكان هذا النص العربي يتفق مع القانون المدني الفرنسي الذي ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقدين الآخرين (م ١١١٦) . لذلك كان الفقه والقضاء في مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقدين الآخرين . تمثيلاً مع النص العربي المشار إليه ومع

= انقصر أمره على استدرجه إلى قبول شروط أشد وقراً عما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر قصصياً أو خطأ من جانب للدلس ترتب عليه مسؤولته ، ويبطل الحق في طلبه التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبي عن العقد . وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي لأنه يفرح حكماً يكفي فيه تحرير قواعد المسؤولية (أظفر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٧٥ في الملحق) .

(١) أظفر في هذا إلى بلانول وريبر ويولانيه طبعة سنة ١٩٤٩ ص ٢٢٨ . ومع ذلك أظفر طريقة العقد للوثق ص ٣٨٤ . وبلاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . مع التدليس غير الدافع إذا اختار العاقدة المخدوع إبطال العقد وفقاً لرأى القائلين بعدم التمييز ، طار للعاقدة الآخر أن يوضعه عن الضرر الذي أصابه بسبب التدليس فينته بذلك من إبطال العقد . ونحن نحيى في ذلك التدليس على النقط في أن تلا منها لا يميز التمييز به على وجه يتعارض مع حسن النية . ومنى استظام هذا المثل انقصر العاقدة المخدوع على التعويض وفقاً لسكر من الرأيين (فزون بحكمة الاستئناف المختلطة في ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٠٠) .

نص القانون الفرنسي^(١). وكان الفقه يعمل هنا بالحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجرى المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعقود المخلوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر. وليست هذه الحجة بمقنعة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمتا تأخذ بالمعيار الثاني وتنظر لا إلى التدليس في ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر في نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العقد المخلوع مضلل في الحالتين ، وقد صدرت لإرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع في الأصل لأسباب خاصة بالقانون الروماني^(٢) . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسي القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد ، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي

(١) والتون ١ م ٢٥٧ - س ٢٥٤ - الدكتور محمد صالح في أصول الشهاداتقرة ٢٨٥ م ٢٤٢ - الدكتور محمد وهبة م ١٩٥ - دي هلنس ١ لفظ (convention) مقرة ٦٤ - هالتون م ٣٢٠ - س ٣٢١ - نصي زغلول م ١٣٣ - محكمة الاستئناف المختصة في ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ٣٤١ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ٤١٧ - محكمة النقيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المجلد ٣ رقم ١٣٠ م ١٨٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجلد ١١ رقم ٤٣٩ م ٨٤٩ .

وقد قضت محكمة النفس بأن التدليس المأصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس المأصل من المتعاقدين (نفس مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ م ٢١٤) . فلم تعد محكمة النفس بالتدليس الصادر من أجنبي إلا لأنه متواطئ مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأي في ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف مقرة ٣٨٦ - مقرة ٣٩٢ - الدكتور حلي بهجت بدوي مقرة ١٢٨ - الدكتور عبد السلام ذهبي م ١٢٨ - م ١٣٠ .

(٢) فقد كان « الربطور » في القانون الروماني يعطي الدعوى والدفع فيما يخص بالتدليس ضد الشخص الذي صدر منه التدليس . فإذا ما داخل العقد بتدليس صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الحق في التذليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لأسباب لم يطله . وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جبرار طبعة سابعة م ٤٧١) .

الحديث . وإلا فافرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، ولقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة في الحالتين (١).

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على حله بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأي على ألا تميز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر ، وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) في المباني لأن المبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلاً لها (٣) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر ، أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به .

وكان الفقه المصري يستطيع أن يجد في القانون الملقى القديم سنداً على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص الفرنسي للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هي ما يأتي : « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لو لاها لما رضى » . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة في الحالتين (٢) . ولو أخذ الفقه والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجيه

(١) أنظر عاوة للمدع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه وقد هذه المحاوة في نظرية العقد للزنت ص ٩٠-٩١ حاشية رقم ٥ .

(٢) وكنا نأخذ بهذا الرأي في ظل القانون القديم وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفي رأينا أن المشرع المصري في القانون القديم أراد الصلح عن القاعدة الفرنسية التي تنص بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها قاعدة متفق عليها ، فأورد النص الفرنسي للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، وهو النص الأصل وإن لم يكن النص الرسمي ، فلفظاً في أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن الترجمة تصرف فيه ، فبدلاً من أن يفيد بالأصل فيذكر أن التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة =

لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوى الذى ملكه الققه والقضاء فى فرنسا ، ولذها مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

١٨٤ - القانون الفرنسى الجديد فى التدليس الصادر من الغير :

هذا ما فعله القانون الجديد . فقد تجنب التناقض الذى وقع فيه القانون ولقدیم ، ونص صراحة فى المادة ١٧٦ ، كما سبق القول ، على أنه ، إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس (١) . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا فى الإكراه

== ضد المتعاقد جسيمة ... ، ذكر أن « التدليس يجب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الخلل المتصلة له من المتعاقد الآخر ... » فهو لا أورد لفظ « رضاء » وأستعاضا لى « أحد المتعاقدين » انشاق إلى ذكر « المتعاقد الآخر » بشىء من الخاتمة الطبيعية . ولله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسى الذى ترجمه أن الخلل المتصلة ضد أحد المتعاقدين هو خلل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأن هذا فهم من مدلول النص . فجاءت الترجمة خاطئة للأصل . والواقع فى هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسى دون النص العربى ، لأن النص الأول هو الذى عبر بأمانة عن قصد المصراع (نظرية العقد المؤلف فقرة ٣٨٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥ - التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يبطى حق المدلس عليه فى طلب إبطال العقد ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس فى استطاعته أن يعلم ، بصدور تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تحويل المدلس عليه حق مطالبة المدلس بالتعويض . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المادة ما يأتى : « اختلقت المناهضات فى شأن التدليس الصادر من الغير ، ففريق لا يترتب عليه بطلان العقد ... ، وفريق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتيب البطلان ... ، وفريق يتوسط بين هذين المذهبين ... فيستلزم لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيياً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ فى تكوين العقد التى سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث . وبراى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير الماعقد (كالاستفيد فى اشتراط لصحة التبرع) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان فى إمكانه أن يعلم ، بالتدليس ... وخلفت عن ذلك حكم التبرعات ، ففى تبرع قابض للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس التبرع . ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب السبب . وغنى عن البيان أنه لا يكون لدى الماعقد سبيل للاتصاف سوى دعوى المراجعة بالتعويض إذا لم يعلم الماعقد الآخر بالتدليس أو لم يكن فى مقدوره أن يعلم به . وفى حقة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من ==

(أنظر المادة ١٢٨) ، فسوى بحق ما بين الإكراه والتدليس في ذلك (١) .

وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بالتدليس ، بقي الفرض الذي يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد للغلط إذا أثبت العقد المخدوع أن العقد الآخر كان مشتركاً معه في الغلط الذي وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلاً للتدليس ولا للغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد في هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً . وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض . لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

== المادة لأنها تحركها بكونه غرر قواعد المسؤولية ، وأعيدت صياغة المادة على الوجه الآتي :
« إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين وليس للمتعاقد المدلس عليه أن يصف إعطاء العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بهذا التدليس » . وأصبح رقم المادة ١٣٠ في التشريع الهامى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يعلم » بصيغة « أو كان في استطاعته أن يعلم » ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ١٧٤ - ص ١٧٨) .

(١) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط في التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت المتعاقد المدلس عليه أو المتعاقد المكروه أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقيناً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك . وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بثبت أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يثبت . ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل المتعاقد في الحالة الثانية عبئاً في الإثبات أقل من العبء الذى يتحمله في الحالة الأولى . ونسلكه يكون في الحالة الأولى أوفى بالزراعة : فمن جهة هو ليس للغلط عادة مظاهر مادية تبرر التشدد منه في الإثبات بينما أن للتدليس وللإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع في غلط يكون أقل عنفاً مما لو كان صديقه تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تنصر إلا بأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس والإكراه سمى عليها أن تحرى تعديلاً مماثلاً في النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحس عدم التشدد في إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملى .

(٢) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين .

ب - نظرية الغلط تنفي عن نظرية التدليس

١٨٥ - الغلط يفني عن التدليس في النظرية الحديثة : قلنا

أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد في غلط ، فإذا كان رضائه معيياً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يمكن فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة : فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ، كان التدليس لا الغلط هو السبب في إبطال العقد (١) . ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لا يفني الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاقتصاد على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يمكن لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يفني عن التدليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك حين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة . فرى من ذلك أنه كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تنفي إذن عن نظرية التدليس (٢)

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦٠ ص ١٤٧ .

(٢) أنظر القانون البرتغالي للتدليس كيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م ٦٦٣ و ٦٥٧ من هذا القانون) . وكذلك فعل القانون النمساوي (م ٨٧٠ من القانون النمساوي القديم وم ٥٥ من القانون النمساوي المعدل) - أنظر أيضاً بلانول ٢ مرة ١٠٦٦ - ديجوج ١ مرة ٣١٤ - مذكرات الأستاذ ليني ليهان في الاتفاقيات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٢٩٤ .

١٨٦ - ولكن التبدليس لا يفتى عن الغلط : ذلك أن التبدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا ترتب عليه إلزامية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن تتصور عقداً لا يطل للغلط ويطل مع ذلك للتبدليس . فالعبارة إذن بالغلط لا بالتبدليس . وإذا كان الغلط يفتى عن التبدليس ، فإن التبدليس لا يفتى عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتبدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين : (أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتبدليس ، فإن الطرق الاحتمالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط بتبدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتبدليس ، فإن التبدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التبدليس ضرر (١) . أما الغلط غير المصحوب بالتبدليس فجزاؤه إبطال العقد ، ولا عمل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به . وظاهر أن كلا من هذين الأمرين على محض ، ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد (٢) . وقد أثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التبدليس إلى جانب الغلط جريماً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهما الفروق العملية .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ من ٢١٥١ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد صبح السؤال عن جموى إثم نظرية مستقلة للتبدليس ما دام أن أثره في الإرادة يزداد ما يولد في ذهن المتعاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب يجبه يرجع إلى الغلط لا إلى الخيلة . إلا أن لوجود التبدليس مزيجين عمليين : فإثباته أسير من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التبدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالاطلاق من ناحية أخرى ، (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ١٧٢ - من ١٧٣) .

٣ - الإكراه (*)

(La violence)

١٨٧ - الرهبة هي التي تفسد الرضاء : الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فينتفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الاحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

١٨٨ - الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يفسد الرضاء : وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكروه إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يردد أو أن يقع به المكروه الذي هدد به ، فاختر أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعلم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكروه بيد المكروه وأجبر القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

١٨٩ - الإكراه هو أيضا عمل غير مشروع : وينبغي أن ننظر إلى الإكراه - كما ننظرنا إلى التدليس - من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

(*) بني المراجع : ربيع في القواعد الحقة فقرة ٤٥ وما بعدها - مقال ديوج في مجلة القانون المدني وبع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ - ص ٤٨٠ - لالان (Lallouant) رسالة في حالة الضرورة في المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ - برتون (Berton) رسالة في الإكراه كعيب الرضاء كانون سنة ١٩٢٥ - جوسران في الباعث في السل القانوني المجلد ٢١ - والثون ١٦ ص ٢٨٨ - ٣٠٦ - نظرية العقد المؤلف من ٤١٨ - ص ٤٤٤ - الدكتور حتى بيجت بدوي ص ١٣٣ - ص ١٤٤ - الدكتور أحمد حشمت أبوسيت ص ١٣٠ - ص ١٤٠ .

١٩٠ - النصوص القانونية: وكان القانون القديم يشتمل على نص واحد

في الإكراه هو نص المادتين ١٩٥/١٣٥ ، وهو يقضى بأنه « لا يكون الإكراه موجباً لبطان المشارة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لنوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة » . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسى التى تقل عنها ، إذ تجنب الخوض فى كثير من التفاصيل التى عرضت لها هذه النصوص (١) ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعى هو معيار ندى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتى هو معيار العاقد بالذات . وقد تقل هذا الخلط عن القانون الفرنسى (٢) .

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقصرت على المعيار الذاتى وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه فى نصين ، هما لمادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتى :

١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بصفا المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس » .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور

(١) نظرية العقد للؤلف ص ٤٣٧ - ص ٤٤٤ .

(٢) خلط القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعى والمعيار الذاتى . وسبب ذلك أن يوتيه عند بحثه فى الإكراه ذكر أن القانون الرومانى كان يعض لجلسة الإكراه معيار « الرجل الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه فى القانون الرومانى عادة وهى تتفق مع القانون المسمى إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جلد نفس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر فى هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ وانضم القانون المدنى الفرنسى معيار القانون الرومانى الموضوعى بيد أن عدله ، فذكروا « الرجل المتد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعى معيار يوتيه الذاتى ، وقاتهم أن المعيارين متطابقان ، وأن يوتيه إنما أراد إبطال معيار القانون الرومانى الموضوعى بمعياره الذاتى ، أو هم توهموا أن قد يوتيه لمعيار « الرجل الشجاع » من شأنه أن يزل المعيار إلى « الرجل المتد » ، ولم ينتهوا إلى أن يوتيه لم ير إبطال معيار موضوعى بمعيار موضوعى آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتى محض (نظرية العقد للؤلف ص ٤٤٤ طبعية رقم ٣) .

للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣- ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه (١) .

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتى :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حقاً أن يعلم ، بهذا الإكراه (٢) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١- يكون العقد قابلاً للإبطال إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة يشهدها الآخر في شبه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس ٢- . وتعتبر الرهبة قائمة على أساس لهذا كان الطرف الذى يدعيها أن يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أطرافه في النفس أو الجسم أو العرف أو المال ٣- . وينظر في تقدير الإكراه على جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « أحد أطرافه » بكلمة « أو غيره » ، ولوحظ في ذلك أن عبارة « أحد أطرافه » أوسع مما ينبغي في بعض الأحوال وأضيق مما ينبغي في الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أطرافه ، وروعى أن الخطر الجسيم الذى يهدق بالتدبير فيثبت الرهبة في النفس على حد التعاقد فيه تحديد كاف لتدبير الذى يحذر الخطر المهدق به إكراهاً . وأبدلت كلمة « حالاً » التى تصف الخطر الجسيم في الفقرة الثانية بكلمة « محتملاً » . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة « ومزاجه » فيما يراعى في تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ في المشروع التمهيدى . وفي مجلس النواب حذفت كلمة « النفس » اكتفاء بكلمة « الجسم » لأن الخطر الذى يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفي لجنة القانون المعدل لمجلس الشيوخ حذفت كلمة « ومزاجه » الولودة في الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة « النفس » التى كان مجلس النواب قد حذفها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسدية كمن يختلف عجز لديه فيقع تحت تأثير هذا الخلف . وأصبح رقم المادة ١٧٧ . ووافق مجلس المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات الويسرى .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١- إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كلفه استطلاع أن يعلم ذلك ٢- . فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم =

١٩١ - عنصره لمر كراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر

الإكراه . كعناصر التدليس . اثنان : ١- استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق . وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢- رهبة في النفس يعيها الإكراه فتتحمل على التعاقد . وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير . أو من ظروف خارجية تهت مصادقة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين . أو الغير أو مجرد المصادقة (١) .

== وقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكروه لأن يضال المكروه بالتعويض . وفي خة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً نسكي فيه قواعد الشؤلية ، وأدخلت تعديلات أصيلة على الصياغة بما جعل المادة تضابق تقريباً نص القانون الجديد وأصبح فيها ١٣٢ في التشريع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها . وفي خة القانون المدني لمجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استبقاء المادة كما هي . لأن الإكراه الصادر من الغير كالندابص الصادر من الغير يجب أن يتصل به اتفاق الآخر وتجب السؤبة بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة . مع استبدال عبارة « أو كان من المروس حيناً أن يعلم » بعبارة « أو كان في استطاعته أن يعلم » . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٨٥-١٨٨) . أنظر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والسويرة .

(١) وائى يضال من المتعاقدين إبطال العقد للإكراه هو الذي يحمل عبء إثبات ههنا الإكراه بصريحه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ - وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

وقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لواقع الإكراه مسألة قانون تخضع لرعاية محكمة النفس ، كالبت فيما إذا كان يمكن أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال العمود الأدبي يهدد إكراهه ، وفيما إذا كانت الوسائل المستعملة تهدد إكراهه في بعض الظروف (ضربة العقد للمؤلف ص ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . واضر محكمة النفس (الدائرة المدنية) في ٧ يرة سنة ١٩٣٢ المحلطة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ ومجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠ ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : «وما أن تقدر درجة الإكراه وحل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النفس ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى قيمت في الحكم فما يدخل تحت رعاية محكمة النفس لأنه وصف قانوني لواقعة مينة يرتب على الملأ فيها الملأ في تطبيق القانون . واضر أيضا محكمة النفس (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ .

١ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بمخطر جسيم محقق

١٩٢ - تحليل هذا العنصر : لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد التعاقد المكروه ، أو شخصاً عزيزاً عنده ، بمخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين ، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكة ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

فتتكام إذن فيما يأتي : (١) الإكراه الحسي والإكراه النفسي (٢) الخطر الجسيم المحقق بالنفس أو بالمال إذا هدد التعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا هدد غير التعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبي .

١٩٣ - الإكراه الحسي والإكراه النفسي : وسائل الإكراه إما أن تقع على الجسم - كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لاسباب في الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لآلم نفسي ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسي (violence morale) لأنه يقع في النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضا وتجعل العقد قابلاً للإبطال .

١٩٤ - خطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال يهدد التعاقد نفسه : ولكن لما كان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف في الغالب إليه . وهو الذي يقع في نفس التعاقد المكروه أن خطراً جسيماً يحدق بنفسه أو بماله ، فتكون الرهبة التي تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس .

وهذا ما تنفي به الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ إذ تنص على ما يأتي :
« وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدد هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال (١) » .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً ، والعبرة في جسامته الخطر بحالة المكروه النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية . ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكروه وصورته له أن خطراً جسيماً يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر والتنجيم ، أو هددته بأن له قدرة على الربط والحل ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأساطير القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أي وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يترأخى وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيلة لنفسه ، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بحالة المتعاقد النفسية ، فقد تنبث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل ، فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد ، لا بأن الخطر حال أو محدق (٢) .

(١) وكان هذا هو القانون القديم : استضاف مخطوط في ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٧ .

(٢) وكاتب الطريقة التقليدية للاكراه تشترط أن يكون الخطر حالاً ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، فهي تذكر « الخوف من ضرر النفس أو المال لخطر حسي حال (pressant) » . وقد جاء في بوتييه : « يجب أن يكون هذا الخطر حالاً ، أي أن يكون الشخص مهدداً بالخوف فيه في الحال إذا لم يفعل ما يطلب منه » (الترجمات ص ٢٥) . على أن الطريقة التقليدية قد عدلت من موقعها في هذا الشأن وتحور المرء وأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته ، بل الخوف من الخطر (نظرية العقد المؤلف ص ٤٣) .

وقد كان المشروع المسمى للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالاً . فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من هذا المشروع تنص : « كما رأينا ، على ما يأتي : « وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذي يدعيها يتقدم ، تبعاً لظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقربائه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » . ولكن جاء في المذكرة لاصلاحه هذا المشروع ما يأتي : « وتعتبر الرهبة قائمة على أساس =

والخطر إما أن يصيب التعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو ألم تقضى ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهته تقتضى التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذى يقع على أى شيء يحرص التعاقد على سلامته بكنى لتحقيق الإكراه .

١٩٥ - الخطر يهدد الغير : وليس من الضروري أن يهدد الخطر التعاقد المكره نفسه : فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهنا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التى تقدم ذكرها ، فهي تجيز أن يهدد الخطر الجسم المهدق التعاقد المكره نفسه وأو غيره . وقد كان المشروع التهديد للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب التعاقد (١) ، ولكن رؤى بحق في المشروع التهاى المدول

== إذا اعتد من وقع تحت سلطانها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحول . وقد عدل في المشروع التهاى عن شرط حلول الخطر ، واستبدل به شرط أن يكون الخطر معدقاً ، وهنا أصبح وأكثر تحمياً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأصول التحضيرية ٢ ص ١٢٩ - ص ١٨٢) .

هنا وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه «حالا» ، فلا نجد هنا الوصف في القانون الألمانى ولا في القانون السويسرى ولا في القانون البولونى .

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من المشروع التهديدى ، وقد أوردتها في الحاشية السابقة . ويتر المشروع التهديدى على ما فيه من عيب في تحديد طائفة الأتارب ، أكثر مرونة من القانون المدنى الفرنسى ، فإن هذا القانون في المادة ١١١٣ حدد فريقاً معيناً من الأتارب هم الأصول والفروع وأصناف الزوج والزوجة . وقد اقتصت التقهاء في نصير المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين فيالنس وردوا على سبيل الحصر ، فإذا حدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة قانونية على أن الخطر قد أثر في نفس التعاقد ، وإذا حدد أحداً غيرهم لم يتم منه القرينة القانونية ولكن للتعاقد أن يثبت أن الخطر الذى حدد هذا الغير قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . وينسك الفريق الآخر أن الخطر الذى يهدد أحداً من غير المذكورين في المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر في نفس التعاقد إلى حد إصدار رضائه (نظرة النقد للوثائق ص ٤٣١ - ص ٤٣٢) .

أما ماورد في المشروع التهديدى فهو لا يحدد صفاتاً معينة من الأتارب كما قدمنا ، بل ينضمهم جيباً . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتى : «ولا يشترط أن يتهدد الخطر لمخالفته ، بل يجوز أن يتهدد أحد أتاربه . وقد ترك للقاضى أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بخصوصها ، لأن بيان هذه الدرجات في النصوص على سبيل الحصر على نحو ما هو =» .

من هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين يزلهم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يزلهم الشخص إزازاً يحمله يتأثر مما يعرضون له من الخطر إلى حد أن تصد إرادته تحت تأثير الجوف الذي يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب يزلهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذي يهددهم تأثراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف ، فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأغزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصلت إلى الحد الذي يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تصد إرادته ، فيبطل العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق (١) .

١٩٦ - المطالبة بحقوق كوسيلة للإكراه : و الإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . قهيد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يعرض التزاماً ، أو يقتل ولده له اختطفه المكروه إذا لم يعرض تعهداً بدفع القدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة

== مشع في القرنين الفرنسي (م ١١١٣) وسائر التقنيات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسي الإصالح) قد يكون أحياناً ضيق المودود لا ينشع لصور جذيرة بالرامة ، وقد يكون أحياناً من السعة بحيث يجاوز النرض المقصود (مجموعة الأعمال الضمنية ٢ ص ١٥٠) . أما القانون الحديث فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التيميدى ولم يحد التير حتى بأن يكون قريباً .

(١) وقسمت القوانين الحديثة هذا المذهب المتيق في تعداد طائفة معينة من الأشخاص . فظم يذكر القانون الألمان شيئاً من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسرى « الخطر الجسيم الملام الذى يهدد الشخص نفسه أو أحداً من قومه » (٣٠٠) .

هذا ويضع على المتعاقد السبب في إثبات أن الخطر الذى يهدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد إفساد رضاه . وقد يكون التير الذى وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذى صدر منه الإكراه ، كمن يهدد شخص آخر بأن يتخلى إذا لم يعرض هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانحاز عززراً عند الهدد (نظرية العقد للوئف ص ٤٢٦ حاشية رقم ٥) .

يعنى له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه . ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأمينا على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهنا ، فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغا إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في قفنها إن لم يستدئ ويعطها ما تنفق ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد مبعثت «دون حق» في نفس المتعاقد المسكره (١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطر الأب إلى صلب دين على ابنه خوفاً من الفضيحة فلا يبطل هذا الصلب للأكراه (٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت كذلك بأن إجبار الهاتين لشركة على أن تسليهن صاناً لديونهن في طريق أن يؤجلوا هذه الفيون لا يكون إكراهاً مادام الهاتون لم يسيئوا استعمال حقهم (٢٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٩) . وقضت أيضاً بأن التهديد بالاتجاه إلى طرق مشروعة ككسرة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً مادام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالطمس في وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً مادام الوارث ليس ببيء النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) ، وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر الدين بما عليه من الدين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه الزاد بأن يزيد عليه الفسح حتى يحميه بذلك على أن يبيع له شيئاً مبنياً مما رسا به الزاد لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الشيء الذي دفع في هذا الشيء أكثر من المثل الذي رسا به الزاد (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن المحنى عليه في جرعة تبديد إذا استعمل حقه صد المدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هفناً منه إكراهاً (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٤) — وقد قضت محكمة النقض (الثائرة المدنية : وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) بأن المادة ١٣٥ مدنى (قديم ومقابل م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية الصل الذي يقع به الإكراه البطل للشرائط إلا أن ذلك مفهوم بداهة ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة عني تقييد في الحكم بدخل تحت رقعة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لا تقسيمية يترتب على =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليبرز من المدين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق

== الحظأ فيها الحظأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على متأجر بإخلاء الجنب استأجرة ، وترتب على الفروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المتأجر تلك الجنب ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شاب من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا القصد صحيحاً متجاً لكل آثاره (٢) يومية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

هذا وقد يبقى الفرض مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة ، كما إذا عدت امرأة عانت رجلًا مدته من الزين بالشهير به عند خطبة له إذا لم يمنح الزلما يوضها ما يصبها من الضرر بسبب تركه إيلها . في مثل هذا الفرض يمكن القول بأنه رغمًا من عدم مشروعية الوسائل التي التجأت إليها المرأة ، إلا أن الفرض الذي أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، فالقصد لا يطل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة الفرض الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق أو لأداة واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيرة ١٩٢٦ — ١ — ١٢١) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على سند لحق له أو على ضمان لهذا الحق أو على الإقرار بالزام طبعي وتحويله إلى الزام مدني ، ما دام الفرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً (دمج ١ فقرة ٢١٧) ، وما دام أن التنص الذي استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (دمج ١ فقرة ٢١٨) . وقاعدة كنهه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للبدأ الذي ينص بأن القاية تبرد الوساطة ، وهي تبسح في الوقت ذاته للشخص أن يستضي حقه بنفسه مادام لا يصف في ذلك وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً ينافي عليه القانون الجنائي (بلانول وريير وإسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٢ — دمج ١ فقرة ٢١٨) . ومن هنا ترى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتمال فيه صعب بقدر ما هو واجب (نظرية القصد للوالت ص ٤٢٩) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيماً من عيوب الرضاء رأينا أنه ضد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الفرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يضط على الإرادة ويصدما . فذلك يكون من الحق أن قول إن القصد في الصورتين اللتين نحن بصدمهما — الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع — يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، إعطائه للاكراه . إلا أنه لا كان الفرض مشروعاً في كل من الصورتين ، فإن التصاقد المكروه إذا استعمل حقه في إعطائه القصد يكون قد قض الفرض المشروع الذي أريد من القصد تحقيقه ، ويترجمها منه نصفاً في استعمال حق الإبطال . والتصاق في استعمال الحق يستوجب الضيوع ، وخبر قويم ما كان عيباً ، فيصح التصاقد المكروه من طلب إعطائه القصد . ويتبين من هذا التحليل أن القصد يبقى في الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية ==

ويطال العقد . فن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سناً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدنيه بأن يعلن إفلاسه وابتنى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه (١) .

== بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مفروعة أو غير مفروعة ، فالإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لئيب في الإرادة ، وإذا استعمل التلطف المكره حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والغرض التي يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع — أنه متصف في استعمال هذا الحق .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ١٠٦ — وقرن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا حدد رب العمل مستظمه أن يبلغ عنه الاختلاس ارتكيبها أو يخفي له تمهيداً بالأ يسل في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا العهد بطلاً للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المتخضم من الاختلاس وما تمهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازت دي باليه ٩٦ — ١ — ٣٩٨) . وبعد إكراهها كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن حالها عنده (محكمة النقض الفرنسية في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازت دي باليه ١٩٠٣ — ١ — ٧٢٨) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : « إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يمد هذا في ذاته إكراهاً بلحى إلى يقصده القانون » ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينجم عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الممان لم يسل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . وللقاضي حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التي استعملت لانتزاع الزلمات باهظة من الدين إكراهاً غير مشروع من شأنه أن يحد الرضا » (١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٧٦) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسري (م ٢٧ قرة ٢) والقانونين التونسي والمراكشي (م ٥٢ / ٤٨) والقانون اللبناني (م ٢١٢) والقانون البرازيل (م ١٠٠) . واشتمل المشروع التيميني لقانون الجديد على نص في هذا المعنى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق مالم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهدد فيبتر منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « وسأدغم الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد كثيراً على

١٩٧ - الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي

الذى قد يكون لشخص على آخر ، سواء ارتبطا بصلة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصالاً برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشيء من ذلك كما بين الوصى والقاصر إذا لم يكونا من ذوى القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الدينى والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس ، لا يكفى عادة ليكون وسيلة للإكراه . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام المقصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع (١) .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه (٢) . ولا شك في أن موقف الزوجة

== ما في ذمتها من حق ، فيكون الإكراه على قبض ما خدم وإلقاء غيره حق . ولو أن حق الثأن في هذا القرض قد اتخذ وسيلة لبوغ القرض المقصود . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ في الهامش) .

(١) وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك السلف والخو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما السلف والخو فسلطة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً يحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدعواً يحكم السلف الأبوي ، إلى إضفاء عقد لا يهبط المقدم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بيب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء آثراً في والده القيم به لينصرف له تصرفاً في منتهى شيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٠٥ الاستئناف ٤ ص ٣١٠ - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وتختص المحاكم الوطنية في كثير من القضايا بصحة العقود التي تصدر من الآباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة بماقيم من السلف والخو .

هنا وسنرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال هوى جامع تثيره زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجها الأول وأولاده منها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والنسب على الإرادة التي سيأتي بيانها . وتنفرد بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستهواء والنسب على الإرادة من جهة أخرى أن الأول يفرس فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المصرف ، كاتب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبي . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص المنسلط على الإرادة له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو أولاداً للمصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافيّاً لتأثير في إرادة المتصدق ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أخته الزوجتين والمستطعن عنه - وبخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأخته - وقد أبرم العقد المتزوج به بالإكراه على يد لجنة من الصد =

من زوجها والزوج ذو شوكة على زوجته ، وموقف الولد من أبيه وهو يخضع له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق في النفس ، وموقف المروءوس من رئيسه وفي يد هذا إيقاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد الزواج باهظ يتقل كاهل الملتزم. لوما كان برضاه لولا موقفه من يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه (١)

== والنتائج ، فلا يمكن أن يقال إن وسائل ضغط قد حلت من الأخ على أخيه أحدثت عندهما خوفاً شديداً عليها على قبول ما لم تكونا جبراً اختياراً (محكمة استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحللة ٢٢ رقم ٢٤٤ من ١٩٤٨) .

وقضت محكمة النقض (المائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبة الأطرب لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مبروعة (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ من ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول الشفهي على عقد البيع من البائنة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البريء ، وأن نتائج الإكراه التي ادعتها — فرض صحتها — لم تكن لتؤثر في صحتها تأثيراً يمسها على توقيع العقد لأخيها بغير رضاه وتسلية ، فلا يكون ثمة عمل لها دلالتها في ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ من ١٩٢٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن المودة التي تنفخ ما أبرمت من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتجرد مجرداً يكاد يكون تلبساً من غير مقابل قائمة رئيس ديني استعمل قوته لإبادة عن أطربها إبادة تامة ، وأحاطها بخصومها الأتقاء ، وجعلها تغزل عن دعوى حاسب بمبالغ جسيمة كانت قد رضتها عليهم ، وتسلط لأحدهم توكيلاً عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتتالية على أنها كانت ضيقة الإرادة ملوبة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته وتصرف وفقاً إليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، والطريقة التي تصورها في هذه الظروف عن أطبان سبق لها الإساءة بها لبشر أطربها ، والتي تنجم فيها ذلك الرئيس الديني (الطهران) نظراً وخوضه له التصرف في الرخ على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطله طبقاً للواد ١٢٨٥ و ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدني (القديم) لا تعلم (كذا) رضائها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحللة ٩ رقم ٤٧٧ من ٨٦١) .

وتنتقل بعض القوانين الأجنبية على فصوص في هذا الموضوع نمر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن يقرن به وسائل إكراه أخرى. وقد قضت المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن مجرد الحشية الصادرة عن إكراه (la seule crainte révérentielle) واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد . أنظر أيضاً القانونين التونسي والمراكشي (٥١/٥٠) والقانون اللبناني (٢١٢) ==

ب- رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨- وجوب الاغتراف بالعباد الزماني : قلنا أن المادة ١٢٧ من القانون الجديد تقضي بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بمقتضى التعاقد الآخر في نفسه دون حق ... ويراعى في تطبيق الإكراه

== والقانون البرازيل (١٠٠م) والمشروع الفرنسي الإبطال (٢٠م) . وهي نصوص متقدمة . لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدبي لا يكفي وحده وسيلة للإكراه ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفي فيها النفوذ الأدبي لإبطال العقد ، وهي الحالات التي يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لا يبرز التزلزلات باضلة كما تقدم القول . على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية الصف في استعمال الحق ، فإن صاحب النفوذ الأدبي يكون قد تصرف في استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع . فيلزم بالتوصي ، وخبر توصي هنا هو إبطال العقد . وكما يقوم العقد على أساس من التوصي وإن أعوزته الإرادة ، كذلك يطل على أساس من التوصي وإن لم تعوزه الإرادة . فالأول إذن أن تنسج نظرية الإكراه حتى تتناول كل فرض من هذه الفروض (أنظر نظرية العقد للزلف ص ٤٣٨-٤٣٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي لقانون الجديد على نص في هذا الموضوع . فقصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع سبباً كافياً لإبطال العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « وتعرض المادة ١٧٨ من المشروع لطبقت ثلاثة للإكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضا ... والتطبيق الثاني خاص بالنفوذ الأدبي ، وهو مجرد واجب الرضا ، وإنما يبيح إذا صحبه الإكراه وكذا لمادة المشروع الفرنسي الإبطال (المادة ٢٠ أنظر أيضاً التقييدات اللاتينية) ، أو إذا كان هناك « تأثير غير مشروع » على حد تعبير المشروع . وقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال ، أو إساءة استعمال ، الاحترام الواجب لوالده أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين... إلخ . بقصد إبراز منظم فحش أو منصفة مفرطة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو قصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة في هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التي وردت في هذا المشروع على ما سنرى (مجموعة الأعمال المضنية ٢ ص ٢٨٥ - ص ١٨٦ في الماش) .

ويعرف القانون الإنجليزي ما يسمى بالتأثير غير المشروع (undue influence) وفيه يمس الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو خوفه الأدبي عليه . فحق وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كآب وابنه أو كطبيب ومريض أو ككاهن وعميل أو كرئيس ديني ورجل متدين ، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إنشاء عقد ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال . ولكن يجب طلب ذلك في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر بولوك في العقد ص ٦٤٨ - ص ٦٨٩ - بولوك في العقد ص ٨٥ - ص ٨٧) .

جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمقياس ذاتي محض . وقد كان القانون القديم (م ١٣٥/١٩٥) يخلط بين الميعار الذاتي والميعار الموضوعي مقلداً في ذلك القانون الفرنسي كما سبق القول (١) .

ولا شك في أن القانون الجديد أحسن صنفاً بالاعتصار على الميعار الذاتي وعلم الخلط بينه وبين الميعار الموضوعي ، فإن الإكراه ، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بنير الميعار الذاتي (٢) . وهذا ما جرى عليه القضاء والفقهاء في مصر حتى في ظل القانون القديم (٣) . وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة

(١) أنظر كما في الفقرة ١٩٠ - وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزِيل التضارب ما بين الميعارين الذاتي والموضوعي ، وهو التضارب الوارد في المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي على ما رأينا ، فنصب لك وجوب التفريق ما بين الميعارين على الوجه الآتي : إذا كان التصاعد فوق الوسط طبق الميعار الموضوعي ، واكتفى في جسامته الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال . أما إذا كان التصاعد دون الوسط وجب تطبيق الميعار الذاتي ، ونظراً إلى حالة التصاعد وسنه وجبه وما إلى ذلك (كوليه دي سانتيفرقة ٢٢ مكررة (١) - ١٦ يناير ١٩٠٦ - كولان وكايجان ٢ م ٢٨٥) . وظاهر أن هناك عيباً واضحاً في هذا التوفيق ، فحين التصاعد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تصد بإكراه ليس من شأنه أن يصد لإرادة من هم فوق الوسط ، فكيف يخل بعد ذلك إن إرادته قد صنعت بطل هذا الإكراه ! (٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية في عيوب الرضاء والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يختص استمرار التسلل . ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع . وإنما القوانين تتراوح للمخاضات السلبية ، فتأخذ طرفة بالإرادة الظاهرة والمعايير الذاتية حيث ينطب اعتبار الخطر استمرار التسلل ، وتأخذ طوراً بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث ينطب اعتبار المصلحة والتسلل القانوني . وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين ، فبها ما ينطب عليه ترجيح الاستقرار ، ومنها ما ينطب عليه ترجيح المصلحة ، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالقدر الذي يختص به كل منهما فيكون بينهما قولاً .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ م ٣٠٢ - محكمة أسبوط الكلية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحللة ١٠ رقم ٢٢٣ م ٤٤٧ - محكمة الاستئناف المختصة في ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ٤٣١ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٥١٠ - محالون ١ م ٣١٨ - دي مانتس ١ فقط (convention) فقرة ٤٤ - والقانون ١ م ٢٢٦ - م ٢٢٧ - الدكتور عبد السلام دعي بك فقرة ١٣٤ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ - نظرية العقد للزائف فقرة ٤١٣ - الدكتور حلي بهجت بجوي فقرة ٨٨ - الدكتور أحمد حمت أبوسيت فقرة ١٨٤ .

الإسلامية (١) والقوانين الأجنبية الحديثة (٢) .

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي يبعث إلى نفس التعاقد المكره التهديد بخاطر جسم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضخت على إرادته بحيث أصبح سلوك الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعا . فالرهبة إذن تكون قد أقسدت لإرادته ، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها ، وإليها نرد سائر المسائل في الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخاطر في النفس أو الجسم أو الشرف . أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيما معدئا ، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس التعاقد المكره فضلته على التعاقد . وليس الخطر الجسم المحقق مقصودا لذاته ، بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس ، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد ، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للتعاقد المكره . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي (٣) .

١٩٩ - تطبيق المعيار الذاتي : فالواجب إذن النظر إلى حالة التعاقد

الشخصية ، فتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرهبة والخوف ، وندخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكيف نفسيته ، من جنس ومن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ .

(١) مرشد المبران م ٢٨٨ : « يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وصنهم ومناسبتهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الجبر والقهر كثرة وقلة ، وشدة وضعف » .

(٢) القانون المدني الألماني م ١٢٣ - قانون الالتزامات والسري م ٣٠ .

(٣) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم . وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للزولف ماباؤ : « فلنا بين شرطاً واحداً كان يكفي في الإكراه ، وهو المعيار الذي تأس به جلمته . فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجلمة بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية ... وينبغي مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها . والأول أن تنقل هذه الشروط وأن نكتفي بالمعيار المرن الذي ذكرناه ، فيستحق الإكراه إذا وجد التعاقد المكره بالنسبة لظروفه الشخصية في حالة اضطراب وضخت على إرادته وحملته على التعاقد » (نظرية العقد م ٤٢٧ وم ٤٤٤) .

فالأنثى غير الذكر . والصبي الصغير غير الشاب القوى ، وهذا غير الحرم البلى . والقروى الساذج غير المذنب المتحضر . والعصبي غير الهادى . المزاج . والضعيف غير القوى . والمريض غير المقاتل . والجاهل غير المتعلم . والنبي غير الذكي . وهكذا . ويجب الاعتدال أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات : فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدته وهو في مدينة أهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس . وقد يكون الخوف أشد وقماً في نفسه لبلا منه نهراً . فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكيف جماعة الخطر في نفس المتعاقد (١) .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هي التي دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها (٢) . وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها . ووجوب الاعتدال بهذه العوامل من مسائل القانون التي تعقب عليها محكمة النقض (٣) .

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال ، فلقروى أنه لا يؤثر في إرادة المتعاقد إلا إذا كان المال الذي يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذي أكره عليه . وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإسناد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصبه ما دام التهديد قد أثر في إرادته .

ولا يجتبر القانون الإنجليزي الخطر الواقع على المال إكراً ، لأنه كان في استطاعة المتعاقد أن يدفع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب في ضياع المال (بولوك في النقد ص ٦٤٥) . وهذه نظرة تظل احتمال عدم الجدوى في الرجوع بالتعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) — وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم — بأن لقاضي الموضوع السلطة التلحق بتدبير درجة الإكراه من الوقائع ، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر في الشخص الذي وقع عليه الإكراه ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك (٢ يونية سنة ١٩٣٢ الجلسة ١٣ رقم ٦٧ من ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ من ١٢٠) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن جسيمة الخطر الذي يتأمن منه الإكراه إنما تقرر بالمعيار النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعي مراعاة حاله عملاً بالادة ١٣٥ من القانون المدني (م ١٢٧ جديد) . فلذا كان التكليف قد دفع بطلان السكك لا لإكراهه قولاً منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين يستحق وقف الطلب ، فضاع منه السند ، فليأخذ إلى مدينه ليكتب له بدلاً منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه في دين له قبله ، فلم يجد مخرجاً من القبول ، فرد الحكم على هذا الدفع بأن قد سند الدين لم يكن =

ج - الجملة التي صدر منها الإكراه

٢٠٠ - الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير

الغير : كان القانون القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدر من الغير . فالإكراه الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له في ذلك . وكان هذا موضعاً للنقد سبقت الإشارة إليه . أما القانون الجديد فقد نبذ هذا التمييز ، وجعل الحكم سواء في الحالتين . فعالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب القانون القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قلنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب في الرضا لا يختلف ، والإرادة تكون فاسدة في الحالتين . أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع ، فإن المشوّل عن هذا العمل هو المكره ، وهو في إحدى الحالتين غيره . في الحالة الأخرى .

والذي يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضا . فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال (١) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض

== ليؤثر في إرادة السكّيل ، وهو رجل متفخّخ بالثوّن والعملات الثابتة ، إلى الحد الذي يجب رضاه بكافة أخيه ، فهذا رد سديد . ولذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن قصد السند ، بمحكم كونه واقعه لا بد للسكّيل له فيها لا يكون الإكراه البطل العتود ، فهذا تريد منه لا يبيح أن يكون قد أخطأ فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٢ ص ٥٨٥) . (١) والقضاء واقعه في مصر متفق على هذا الحكم حتى في ظل القانون القديم : محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية لقضاء المختلط ١٣ ص ١٧١ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٤ ص ٢٥٢ م ٥١٠ - دي هلسن ١ لقط (consuetud) فقرة ١٥ - هالتون ١ ص ٣١٨ - والتون ١ ص ٢٣١ - الدكتور دمي بك فقرة ١٣٦ - فقرة ١١١ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٤١ - نظرية العقد للزواي فقرة ١٠٥ - الدكتور لحى بهت بدوي فقرة ٤٩ - الدكتور محمد حشمت أيسر فقرة ١٨٦ .

حتمًا أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتمًا أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المكره إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالب بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قرره في التدليس (١) .

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر : إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء ، فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع : ويكون للمكره أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر (٢) .

٢٠١ - الإكراه الصادر عن ظروف نهأت مصادفة (حالة

الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لأن أحد المتعاقدين ولأمن الغير ، ولكن من ظروف نهأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإقناذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إقناذه على تمهيد باعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإقناذ ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه . وقد ذهبَت النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا القرض والقرض الذي يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير بقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء ، ومن ثم يؤثر في صحة العقد .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ يولية سنة ١٩٢٣ م ٣٥٠ م ٥١٠ (وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) . وقرن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والسري . هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة البخنة على النحو الذي سبق أن قرره في صدد النط والتدليس .

(٢) وقد اشتمل المشروع التيمى على نص في هذا المعنى ، قضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من هذا المشروع بأنه : « إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكره إلا أن يطالب المكره بالتعويض » . وقد حذف هذه الفقرة في المشروع النهائي لأنها تخرج حكماً تكفي فيه قواعد المسؤولية ، كما سبق الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ م ١٨٥ و ١٨٧) .

أما القرض الذى نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تبيأت مصادقة ، ولم يكن القرض منها الضغط على إرادته المتعاقدة ، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقدته . ولما كانت النظرية التقليدية تشترط فى الإكراه أن ينزع الرضا ، وقد ورد ضللاً لفظ «الاتزاع» (extorque) فى المادة ١١٠٩ من القانون الفرنسى ، فلها لا تجعل الإكراه الذى تبيأت ظروفه مباشرة ذا أثر فى صحة العقد (١) .

ولكن هذا التمييز الذى تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له ، وهو أثر من آثار القانون الرومانى يبقى فى القانون الفرنسى بعد أن زالت مقتضياته (٢) . والصحيح أن الإكراه متحقق فى كلا القرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صلوت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء فى ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فأثر الضغط فى إرادة المتعاقد واحد فى كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإقائه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك ، فلا فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذى يهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدقة ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجى واستغله فالعقد قابل

(١) أنظر فى هذه النظرية التقليدية : نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٥ .

(٢) وذلك أن القانون الرومانى كان يجعل للإكراه جزاء مستقلاً غير إبطال العقد . أما الإكراه الذى تبيأت ظروفه مصادقة فلم يكن عليه جزاء ، لأنه لا يمكن فى هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص حين صدر منه الإكراه . فاحتلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسى بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد ، ولا يكفى بدعى توىض ضد من صدر منه الإكراه . وظاهر أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى نفس شخص صدر منه الإكراه (أنظر بلاتول وريبير وإسبان ١ فقرة ١٩٥ — أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون قابلاً للإبطال فى هذه الحالة لأننا لا نطرح هل كان المدين ملوماً أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه ، بل نطرح هل كان المدين إرادته حرة عملة أم صدرت إرادته تحت ضغط دائم) .

وظاهر مما تقدم أن القانون الرومانى كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع ، فإذا تبيأت ظروفه مباشرة فلا مسؤولية على أحد ، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه . أما الآن فنحن نطرح هل الإكراه ، لا بوصف أنه عمل غير مشروع غيب ، بل أيضاً بوصف أنه عيب فى الرضا . فالإكراه الذى تبيأت ظروفه مباشرة إنما فاته الوصف الأول فلا يخوته الوصف الثانى ، ويكون إذن سبباً فى إبطال العقد .

للإجطال . كذلك الطبيب الذى يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذى يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يطل العقد فى هذه الحالة ، ومن يتخذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باعظ من من ريان السفينة ليس له أن يتسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص صريح فى هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقدين المهذب بخاطر تهيأت ظروفه مصادقة ، أو كان سيئ النية وأراد استغلال هذه الظروف . فى الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المنكره حق إبطال العقد (١) ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد فى الحالة الثانية . وهذا التمييز مقبول ويجب الأخذ به فى ظل القانون

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى — وقد حذفت فى المشروع النهائى اكتشافاً للقواعد العامة — على ما يأتى : « إذا أبرم شخص عقداً قتلاسى من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أغربه ، فلا يترتب هذا العقد قابلاً للإبطال بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن نية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدده . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ... أما التطبيق الثالث فهو خاص بحالة من يجد غيره مهدداً بخاطر جسيم حال لا يدره فيه ، فيستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن السبب فى الطرف المهدد ، إلا أنه انتفع به للحصول على منفعته فاحترس . ويحذر الإكراه فى هذه الصورة عيياً فى الرضا (ظن الاستغلال) . وعلى النفس من ذلك يترتب الإكراه ويكون الرضا صحيحاً إذا لم يحاول المتعاقد الآخر فى مثل هذا التزم أن يحصل على منفعة مقرطة ، بل انحصر على إتمام المتعاقد الآخر فى مقابل منفعة مقرطة . فبالا الحكم فى هذه التطبيقات الثلاثة هو فكرة (الإكراه فى الظاهر) . (مجموعة الأعمال المضطربة ٢ من ١٨٥ — من ١٨٦ فى المشرق) . أنظر أيضاً المادة ١١١٧ من القانون الإجطال الجديد .

هذا والحكم يبق صحيحاً حتى لو اعتقد المتعاقد المهدد أن المتعاقد الآخر قد أفرط فى الظن ، ما دام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذى يهدد المتعاقد منه . فإذا اتفق جراح شهيد مع مريض على إجراء عملية خطيرة ، وتناصى أحراً لسهة مثلاً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالتفد صحيح حتى لو تمكن المريض فيما بعد بأن لوادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتطلى ذلك أن الطبيب كلن حسن النية . لو فرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد ، فمن حق الطبيب أن يتناصى فهوياً من المريض فى هذه الحالة ، وخير تعريض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر ذلك فى صور عطفة .

الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم (١) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسرى ذلك فيما يلي .

§ ٤ - الاستغلال (*)

(L'exploitation)

٢٠٢ - **الاستغلال والفن :** الفن هو المظهر المادي للاستغلال . ويمكن تعريف الفن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

(١) وقد أخذ بهذا الرأي الفقه والنساء في مصر حتى في ظل القانون القديم : القانون ١ من ٢٢٧ - من ٢٣٨ - الدكتور ذهبي بك فقرة ١٣٥ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٧٨٢ - نظرية المدد للژولف فقرة ٤٢١ - الدكتور حلمي بهجت فقرة ٨٩ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنين فقرة ١٨٧ - وأبطلت محكمة الاستئناف المختلطة الاتفاق الذي يتعدى حالة الاضطرار الناجمة من وجود سفينة في خطر (٢٣ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ من ١٦٦) ، واكتفت بإعطاء دعوى الفصول (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ من ٢٣٥) . أطر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٣ - وفي ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ٥٤ - وفي ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ من ١٤١ (وفي هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة في أسباب الحكم أن القانون المصري (القديم) لم يقل من القانون الفرنسي كلمة «يتبرع» (extorque) الواردة في المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير ، والتي كانت السبب في أن الفقه الفرنسي لا يحمل حالة الاضطرار التي تهيأت مصادفة إكراهها يعطل العقد) .

هذا والقانون القاري في هذا الموضوع منح إلى أجل حالة الاضطرار مؤثرة في صحة العقد وسرى ذلك عند الكلام في نظرية الاستغلال (نظرية المدد للژولف ص ٤٤١ حاشية رقم ١) .

(٢) **مراجع :** روبر في القاعدة الحقة فقرة ٦١ وما بعدها - جوسران في الباب في الأعمال التأويية فقرة ٩١ - ديغونسي (Dermontes) في الفن في العقود ما بين البالغين سنة ١٩٢٤ - لويس لوكاس (Louis - Lucas) في الفن والعقد سنة ١٩٢٦ - الرسائل : هايم (Hayem) طر بس سنة ١٨٩٩ - جرليه (Gallier) طر بس سنة ١٩٠٨ - ديغول (Dyol) موليه سنة ١٩١٩ - موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - كولزون (Coulezon) موليه سنة ١٩٢٤ - ميلان (Mérin) طر بس سنة ١٩٢٤ - هاون (Haon) موليه سنة ١٩٢٧ - موزيكس (Morize) سنة ١٩٢٩ - بروجا (Pruga) طر بس سنة ١٩٣١ - دالم (Dalem) طر بس سنة ١٩٣٩ - فالون (Valmont) طر بس سنة ١٩٣٩ - أطر أيضاً مقال الأستاذ ريكول في مجلة مصر المصرية سنة ١٨ من ١٨٩ - من ٢١٤ - نظرية المدد للژولف من ٤٤٥ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي من ٢١٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوسنيت من ١٤١ وما بعدها .

ويستخلص من هذا التعريف : (١) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى (١) . (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد ، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العمل يقول الفقه الإسلامي .

٢٠٣ - تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نسبية

للمستفهمين نوال الغبن مشكلة اجتماعية لم يهند القانون إلى حلها حلاً مرضياً . فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضمحت مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالمعالة وبمجاورة الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسُّلع أثمانها وللعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire) . وعُتبت الشريعة الإسلامية بمجالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحُرمت الربا وتُعقبت في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاقت من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لاتتعد

(١) ونرى أن الاستئثار قد يقع في العقود الاحتمالية بل وفي عقود التبرع ، فهو أوسع معنى من الغبن .

بالتين إلا في أحوال معينة . وتقوم هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، فألفت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للقائمة وحتى تحريم التين في بيع العقار . وورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم ، هذه التقاليد ، فجاءت أحكامها ضيقة في التين . وقد ألزم القانونان نظرة مادية للتين . فالتين فيما لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها ، والعبرة في التين بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، والتين عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء ، وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء ، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ . على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدد . وأظهر حالة التين في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦-٣٣٧-١٩/٤-٢٠٤) . وهناك حالات أخرى كانت متثرة في نواحي هذا القانون ، كالفائدة لا يزيد حدما الأقصى على ٨ في المائة ، وكشفد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في أجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية في التين إلى نظرية قضية في الاستغلال أخذ بها أكثر الضعيفات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص في أمرين : (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية ، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته ، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب . أما في النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشيء ثلثها في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويترتب على النظرية المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن التين يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بشئ أكبر ، غير مخلوع ولا مضطر ، لأن قيمته الشخصية تعدل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد - طبقاً لنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان علماً بهذه القيمة ولم يندع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد ، أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالتين إذن في النظرية المادية هو كما قلنا

حبيب مسئل قائم بذاته ، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء . أما الذي يترتب على النظرية الشخصية لقيمة الشيء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واحداً في قيمته ، أو مخدوعاً فيها ، أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجرية أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيها يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانياً) ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية ، فهي درجة محددة ، بل هي رقم مرصود . فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء إسطالا أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف التعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً ، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل ترك ذلك لظروف كل حالة ، ويمكن أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد ، وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن تعرف هل في العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية ، ونسب هذه القيمة إلى الثمن ، فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها ، فهي من الدقة الحساية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتقلب فيها المنصر النفسى ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسيباً على جميع المسائل ، دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى ، تكون

خاصة ظالة ونحماً من مظهر خلع فيها العدالة .

وقد اعتقت التقنيات الحديثة النظرية الضمنية ، وجعلت من الفين نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . قضى القانون المدني الألماني في المادة ١٣٨ بطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، في نظير شيء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (*disproportion choquante*) في التبادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء . وتقضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التبادل اختلالاً واضحاً (*disproportion evidente*) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون ستة أن يعلن بطلان العقد ويسترد مادمه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الفين من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفته أو عدم تجرية . وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإبطال بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تبادل (*hors de toute proportion*) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات (١) .

(١) أنظر أيضاً القانون الإيطالي الجديد (م ١٤٤٨ الفترة الأولى) والقانون البولوني (م ٤٢) والقانون البناي (م ٢١٤) والقانون النمساوي (م ٨٧٩) والقانون الصيني (م ٧٤) . وقد قدم الكاتبان الفرنسيان جيال وديان (*Guibal et Dupin*) إلى مجلس النواب الفرنسي في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١١٨ من القانون الفرنسي وضع نصاً عاماً يحرم الاستغلال في جميع العقود ، فيقضى بأن يكون الفين سبباً في إبطال العقد إذا كان الاختلال في التبادل ما بين الالتزامات التي تنشأ عنه جسيماً ، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خفته أو عدم تجربته (أنظر الرقائق البرلمانية الفرنسية : مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق رقم ١١١٢ ص ١٧٨٦) .

هنا ويتخلص من بحث أجرى في البلاد التي تتضمن قوانينها المدنية نصوماً طامعاً في الاستغلال على النحو الذي تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق ، وكان كثير من الفقهاء يتوهمون عكس ذلك وغشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضي (أنظر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (*Morl*) في بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبحثها المقررة : باريس سنة ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ص ٣٨٧) .

٢٠٤ — القانون المصري الجرمي : وقد سائر القانون المصري الجديد
التقنيات الحديثة وأخذ بالنظرية القضائية في الاستقلال ، قسم في المادة ١٢٩
حل ما يأتي :

١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل البتة مع ما حصل
عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ،
وتبين أن المتعاقدين المتبنون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل
فيه طيشاً يئناً أو هوى جامعاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المتبنون أن
يطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقدين .

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا
كانت غير مقبولة .

٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال
إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع التبن (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من
فائدة بموجب العقد ، أو لا تتبادل مطلقاً مع التزامات المتعاقدين الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ،
تباً للظروف ، أن الطرف المتبنون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ،
أو بحيث يتبين بوجه علم أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي بناء على طلب
الطرف المتبنون أن يطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقدين . ويسرى هذا الحكم حتى
إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المتبنون تبرأ . ٢ — ويجوز في عقود المعاوضة أن
يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع التبن . وقد أدخلت
لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة ، وأصبح فيها ١٣٣ في المشروع النهائي . ووافق
عليها مجلس النواب كما وردت في المشروع النهائي . أما لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ فقد
تألفت طويلاً في هذه المادة ، وكانت تميل في أول الأمر إلى حذفها ، ثم اتجهت إلى تقييدها على
الوجه الآتي : ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل البتة مع ما حصل عليه هذا
المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر ، وتبين أن المتعاقدين المتبنون لم يرم
العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً يئناً أو هوى جامعاً ، جاز للقاضي بناء على
طلب المتعاقدين المتبنون أن يطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقدين . ٢ — ويجب أن ترفع
الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . ٣ — ويجوز في عقود
المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع التبن .
ولم يلاحظ أن الملوى منه الدعوة الجامعة لا المودة والصف ، وقد ترك تعديد التبن والملوى =

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة ١٣٠ على أن ويراعى في تطبيق المادة السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالنقن في بعض العقود أو بسر القائمة (١). والعقود التي يثير إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه القائمة والشرط الجزائي . وسأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود . والمهم أن النقن في هذه الحالات قام على أسس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد ، واعتد في

== لتقدير النقن . وراعت اللجنة في التصديل الذي أجرته أن تستعمل من التوسع الذي اختاره من التصديق وأن تجعل أساس النص مضمراً على استئثار النقن الذي أو القوي الملمح . وخففت من القوة الأولى عبارة « ويرى هنا المسك ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المتون تبرأه لأنها من قبل الزيد . وأسلفت قدياً ينطبق بمبدأ دفع الدعوى . وجاء في ملحق لتقريرها ما يأتي : « اقترح حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستئثار إذ قد يكون في استئثارها ما يهدد المصالحات ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة في شأن الاستئثار لا يقتصر أثره على دعم الأسس الحقيقية في تنظيم المصالحات بل يجاوز ذلك إلى إيقاع القضاء من عناء التحليل على النصوص وتحليل القواعد ما لا يطبق بطبيعتها . فانقضاء في ظل القانون الحالي قد استتببت فكرة الإجماع والتسلط والاغواء وتوسع في تطبيق (القط في القبة) عندما يكون دافعاً إلى التمسك وتوسل بتشي الوسائل لضع المجرور في صور كثيرة من صور الاستئثار خلقت بها مجموعات الأحكام . وما من شك في أن هذه الملقاة بفاتها تفرس المتصلين لاحتلات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المتصدين في استئثار الخروج على القواعد العامة ولا تدين على توطيد الاستقرار في قليل أو كثير . لذلك رأت اللجنة أن أفراد نص للاستئثار يكون أدعى إلى إدراك المتصلين لا قد يتعرض له النقد من ملن في نطاق ضيق وانصح الحدود . ولستها توسعت فلم تر أن يكون نطاق هذا النص رجباً على غرله نظيره في أكثر القوانين الحديثة ، ومنها النقن الأتاني والوسري والبولوني والبناني والتشروع الفرنسي الإجمالي ، بل انحصرت فيه على حالي « المعوى الملمح والطين الذين » .

وأصبح رقم المادة ١٢٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على الادكا أقرتها لجته (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ١٨٩ - من ٢٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هنا النص في المادة ١٨٠ من التشريع التيميدى على الوجه الآتي : « يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالنقن في بعض العقود وما يسمح به القانون من سر القائمة » . فصدته لجنة المراجعة على الوجه الولود في نص القانون الجديد ، لجعل النص أدق في الصلا على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ في التشريع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ١٣٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٢٠٣ - من ٢٠٤) .

الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم عدد التزمته عند تقدير الغبن .

فلذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود ، وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة ١٢٩ سالفه الذكر ، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال . و(ثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه .

١- عناصر الاستغلال

٢٠٥- **العنصر الموضوعي والنفسى** : للاستغلال عنصران ، أحدهما موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالاً قادحاً ، والآخر نفسى وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد .

٢٠٦- **العنصر الموضوعي** : أوردت المادة ١٢٩ العنصر الموضوعي للاستغلال في العبارة الآتية : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر » . وهذا هو اختلال التعادل اختلالاً قادحاً كما قلنا .

في عقد البيع . لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري ، فقد يبيع أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع . ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً قادحاً بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والثمن الذي التزم به المشتري ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق .

وفي الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم مثلاً ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد ، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالاً قادحاً ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال هنا أيضاً يتحقق :

وفي الحالة الأولى يكون الاختلال القادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر . وفي الحالة الثانية يقع الاختلال القادح

بين التزامات التعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد .
والعبارة في تقدير قيمة الشيء بقيمة الشخصية بالنسبة إلى التعاقد ، لابقية
المادية في ذاته . فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف ، فيرغب شخص
في شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا المثل . فالعبارة
هنا بالقيمة الثانية دون الأولى . ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو
بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال قادحاً بين ما دفعه وما اعتبر قيمة
شخصية للمنزل ، فإن المنصر الموضوعي للاختلال لا يتحقق ، أما إذا
دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع ثمانية آلاف
مثلاً ، جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلال قادح .

فالقاعدة في اختلال التعادل معيارها مادي كما نرى . ولكن هذا المعيار
ليس رقماً ثابتاً ، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة . فقد تتحقق
القاعدة بثمانية آلاف في المثل المتقدم ، وقد تتحقق بمبلغ أقل ، وقد لا تتحقق
إلا بمبلغ أكبر . والقاضي هو الذي يقدر بأى مبلغ تتحقق . وينظر في ذلك
إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى . فالمسألة
هنا مسألة واقع لا مسألة قانون ، وبحكمة التقض لا رقابة لها في ذلك إلا من
حيث قصور السبب ، فإذا بينت بحكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن
الاختلال في التعادل قادح ، وكان بيانها في ذلك كافياً ، فلا تعقيب لمحكمه
التقضي . وعبه الإثبات يقع على عاتق التعاقد المضيون ، فهو الذي عليه أن
يثبت القاعدة في اختلال التعادل .

وأكثر ما يكون الاختلال قادحاً في عقود المعاوضة المحددة (contrats commutés)
(tifs) قضياً بأخذ التعاقد ويعطى ، وهو يعرف على وجه محدد مقداره مأخذ ومقدار
ما أعطى ، سواء في ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة
الغير . ولكن قد يقع ذلك أيضاً في العقود الاحتمالية (١) ، وهي عقود

(١) وقد ما ، والمذكورة الإصاحبة للمشروع الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « ونحن
الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يضمن فيها على أسس اثنين إذا اجتمع فيه من
الإعطاء ومن استلام حاجة التعاقد أو طيشه أو عدم خبره أو ضعف إدراكه » . (مجموعة
الأعمال التشريعية ٢ ص ١٩١) . وقد نص القانون اللبناني صراحة على ذلك ، فبما أن الفقرة
الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتي : « العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة
للاختلال من الناحية » .

تتطوى على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف . إذ ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل مقول بين احتمال المكسب وقيمه من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى . فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب ، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب ، كان الاختلال في التعادل قادحاً . فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق ، وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لحظر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا بتولية لطلب دائن ارتهن المنزل ، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية ، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تعويض عنه هو مبلغ التأمين ، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوي وبين مبلغ التأمين ذاته ، ففي مثل هذا العقد الاحتمال وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والالتزامات شركة التأمين اختلالاً قادحاً .

ولا يمكن القول في عقود التبرع إن هناك اختلالاً قادحاً في التعادل : لأن التبرع يسطى ولا يأخذ . ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في المعاوضات . بل هو أشد وطأة في الأولى منه في الثانية . وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل ، فإن الاستغلال يكون أكثر تحقفاً فيما لا تعادل فيه أصلاً . والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد ، وهي تجيز في عقود المعاوضة توقي دعوى الإبطال بتكلة البطل ، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع في غير عقود المعاوضة أى في عقود التبرع (١) . أما كيف يقع الاستغلال في التبرعات فإن ذلك سهل التصور ، بل هو كثير الوقوع فعلاً . فقد يتبرع شخص بجميع ماله - ويفلب أن يتم ذلك عن طريق هبة في صورة بيع - لزوجه الثانية وأولاده منها ، مضيقاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعى ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال

(١) وقد كان المذيع يضمن النص الآتي : « ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المتبرع به . ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التبريد ، وقد ألفتنا الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٠٤ في المجلد) . وفي الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهي تفيد ضمناً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع في عقود التبرع .

زوجته الأولى ضعفه أو هواه . وهنا لا يقال إن التعادل غفل اختلالاً قادحاً . بل يقال إنه غير موجود أصلاً ، فالمتبرع أعطى دون مقابل ، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال طيشه البستين أو لهواه الجامح .

بل قد يعاوزه الاستغلال القهري إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيصاء به لشخص استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، فالوصية هنا يعيها الاستغلال ، وهي ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد .

٢٠٧ - **العنصر النفسى** : أما العنصر النفسى للاستغلال فقد أوردته المادة ١٢٩ فى العبارة الآتية : «وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً» . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : «بحيث يكون مفروضاً تبيناً لظروف أن الطرف المغبون قد استغل حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف» . ثم أصبح نص المشروع النهائى كما يأتى : «وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف» . ويلاحظ أن المشروعين التمهيدى والنهائى قد توسعا فيما يصح أن يستغل فى المتعاقد المغبون : الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . بل ذهب إلى مدى أبعد ، فصرحاً بأن العبرة فى كل هذا ألا يكون رضاه المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف . والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنيات الأجنبية الحديثة التى تضمنت نصوصاً عامة فى الاستغلال ، وقد سبقت الإشارة إليها ، وراياتها تستعمل الألفاظ ذاتها . ولكن عندما عرض المشروع النهائى على لجنة مجلس الشيوخ آثرت اللجنة ألا تتوسع فى الاستغلال توسع التقنيات الأجنبية ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامعاً ، إمعاناً فى تضيق الدائرة التى يطبق الاستغلال فيها ، خشية من التحكم ، ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره (١) .

(١) وقد ترتب على تضيق الدائرة التى يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٧٨ من-

فالمصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى المتعاقدين الآخر طيشاً يئاً أو هوى جامعاً . وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك . فكثيراً ما يصد رجل طامع فى السن إلى الزواج من امرأة لا تزال فى مقتبل عمرها ، وليس من النادر أن تعد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، فتسكبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وقد تزوج امرأة غنية من زوج شاب من ميل وهوى ، فيحمد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتنز ما ملأها عن طريق عقود يعلها عليها . وقد تشتري امرأة حزينها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً ، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال . وقد يلقى الطبيب والزرق بشاب ورث مالا كثيراً فى أيدي المرابين والمستغلين ، فيستكبيونه من العقود ما يجرده من الكبير من ماله ، وهم يستولون فى ذلك نزع الشدي وطيشه الين . كل هذه أمثلة ننتزعها من حياتنا المصرية لتدل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر ، بل هو شئ يقع فى الحياة ، وإذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأفضية فى ذلك (٢) . وهو إذا ترك إلى القواعد العامة يطمس العلاج فى عيب بالذات من عيوب الرضاء ، أو يطمسه فى قواعد العتالة ، كما كان يفعل من قبل

= المروع الحميدى - وهى المادة التى حذفت من المروع التهاى ومرض كما أسلفنا الحالات خاصة فى الإكراه من حالة الخوف من المطالبة بمن وحالة النفوذ الأدب وحالة الضرورة - نصاً كان من لقيه استبقاؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالمالات الشار إليها . وقد قلنا أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً لقواعد العامة فى الإكراه ، فيقتضى عنها تطبيق هذه القواعد .

(٢) وقد عرضت فعلا هذه الأفضية وأستلها على الحاكم المصرية فى ظل القانون القديم فكانت تالمها فى بعض الأحوال معالجة خاصة عن طريق تطبيق القواعد العامة (فى الإكراه) أو عن طريق تطبيق قواعد العتالة ، وفى أحوال أخرى كانت تدير وراء القضاء الترسى فى نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة التى سأتى ذكرها فيما يلى :

وقد خضت محكمة النفس (القائرة المدنية) بأنه إذا كان المسك قد بدى ضاهه يطلان عند البيع على صادر رضاء المتابع لكونه متخدفاً فى السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أيضاً أن تفسد إرادته فيصير سهل الاتياد خصوصاً لأولاده القيين منه الذين سمر القند لهم ، بأنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة النفس لصفه بتقدير محكمة الموضوع لواقع =

في ظل القانون القديم ، فإنه لا يلبث أن يضطرب عليه الأمر ، ويكون بين أن يضرب التصور على غير ما وضعت له ، أو أن يتحرر منها فيغلت إلى فيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها في خطاه .

== الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ من ٢٩٦) . وقضت في حكم كان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وطروفاً أن السند المطالب بقبضته صدر من المورث بمحض إرادته واختاره ، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو بالنسب على الإرادة . وكان هذا الاستخلاص سائماً ، فلا تمثل لمحكمة القضا لأن ذلك من سلطة القاضي الموضوع (٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ من ١٥٢) . وفي قضية ثالثة كانت الزوجة تريد أن يخلعها زوجها حتى تتزوج من آخر ، فاستل الزوج هذه الظروف ، وحصل من زوجته على مال وستات ومزول وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قبضته خسين ألفاً من الجنيهات ، ثم طلقها ، ولا طعن للزوجة في هذا التصرف ، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أعطته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع ، ولكن الزوجة كانت في حالة اضطراب عند تحرير هذه الالتزامات بفتحها ، وأن الرأي الصواب الذي يتحقق به العمل (أي تعليقاً لقواعد المصلحة) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المجلد ١٦ من ٧٢٣) . وقد قضت محكمة القضا هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع في الصيغة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المصلحة على كل حال يجب أن تعال على القضاء الشرعي لتصل فيها (تقضى مدني في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ من ١٧٨) . وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولكن المحكوم لم يروا إليه في الدعوى الشرعية التي قضت محكمة القضا أن تقب الدعوى المدنية بجمعها ، وانظروا على تنوية النزاع فيها بينهم .

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صمد من شخص وهو في حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالخطر مما جعله يفكر في الانتحار ويحاوله مراراً ويحضر بالنقل ، فضلاً عن كونه في حالة عقلية تجعله ملوب الإرادة ، فتعاقده غير مبني على رضاه صحيح ، ولا يلزم ورثته بوفاء ما تعهد به في هذا السند (٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المجلد ١٤ رقم ٨٦ / ٢ من ١٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا استل أحد المصادقين حالة الاضطراب التي وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أي إلى إلزام بائع ، فالعقد يكون باطلاً للإكراه ، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة جاعة ، فله المحكمة إقرار التعهدات التي أجازها المتعهد بمحض اختياره بعد زوال الإكراه والمكسب بطلان ما لم يميزه منها صراحة أو ضمناً (أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المجلد ١٥ رقم ٦١ / ٢ من ٢٤٣) — أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المجلد ١٧ من ١١٧١ — ومحكمة أسبوط الكلية في ١٢ يونيو سنة ١٩٣٧ المجلد ١٨ من ٢٦١ .

حفا ولا كان القانون المدني الفرنسي لا يتضمن نصاً عاماً في الاستغلال ، فقد خلق القضا

ويلاحظ أن هذا العنصر النفسى يقتضى أن يكون التعاقد للمغبون ولم يرمى العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استغل فيه طبعاً يئاً أو هوى جاعاً .
ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من التعاقد الآخر ، وأن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقدين إلى التعاقد . ويترب على ذلك أمران :
(أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، فإنها انصرفت إلى استغلال التعاقد للمغبون ، وهذا عمل غير مشروع (١) . وإذا كان المستغل لا يد له فما أصاب التعاقد المغبون من طيش أو هوى ، إلا أنه قد استغل فيه ما أصاب من ذلك ، وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تبيأت ظروفه مصادقة على ما مر بنا (٢) . (والأمر الثانى) أن إرادة التعاقد المغبون تكون إرادة معيبة ، فهي إرادة ضل بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامع ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسى كما هو الأمر فى سائر عيوب الرضاء .

ووقع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا تعيب عليها من محكمة التقضى . ولكن الوصف القانونى لوقائع الاستغلال ، وأن ما يصبغ استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامع ، مسألة قانون تبسط عليها محكمة التقضى رقابتها .

== والنساء فى رتيان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستهواء (seduction) . وقد تفرعنا على عقود التبرع دون عقود المعاوضة . ولا نرى فرقا بين نظرية الاستغلال فى عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء فى عقود التبرع . والمجزأ فى المالحين واحد هو قابلية العقد للإبطال . والأول لإدماج نظرية الاستهواء فى نظرية الاستغلال واعتبارها نظرية واحدة . وقد رأينا النساء فى صلباً إلى نظرية الاستهواء عند ما كانت نظرية الاستغلال تميزه (نفس مدق) فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ من ١٥٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا المحكم — قانون استئناف مخطط فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٦٧ — وانظر أيضاً قرة ١٩٧ فى الملمش) . ويرى الدكتور وديع فرج فى مذكرات له غير مطبوعة الفرض ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء ، وينصب فى هذا إلى مدى بعيد ، ويقول إن الجزأ فى الاستغلال هو البطلان النسبى أما الجزأ فى الاستهواء فهو البطلان المطلق (أنظر من ١٣٨ من هذه المذكرات) .

(١) أنظر سالى فى إعلان الإرادة بباريس سنة ١٩٢٩ قرة ٩٨ على المادة ١٣٨ من القانون الألمانى .

(٢) أنظر سالى المرجع المضمم قرة ٩٩ (م ١٣٨ ألمانى) . وانظر أيضاً قرة ٢٠١ .

وعلى التعاقد المبنون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسى ، إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادى ، لا مستخلص منه ولا مفروض . والنص صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « وتبين أن التعاقد المبنون لم يبرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً يئاً أو هوى جامعاً » . وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدى الذى يجعل العنصر النفسى مفروضاً بوجود العنصر المادى فيقول : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف للمبنون قد استغلت حاجته ... » .

٢٠٨ - عمود المستعمل في عيوب الرضاء : قلنا أن العنصر النفسى يقتضى أمرين : أن لإرادة التعاقد المستغل تكون لإرادة غير مشروعة ، وأن لإرادة التعاقد المبنون تكون لإرادة معينة .

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول ، كان العقد الذى أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع . وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثانى ، كان هذا العقد ذاته - الذى لم يرض به الطرف المبنون إلا عن ضلال من طيشه أو ضغظ من هواه - عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء .

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألمانى (م ١٣٨) ، وجعل عقد المستغل باطلاً بطلاناً مطلقاً لماقاته للأداب (١) . وبالاعتبار الثانى أخذت التصينيات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصرى الجديد ، وجعلت العقد قابلاً للإبطال أو للإنقاص لعب في لإرادة التعاقد المبنون (٢) .

(١) أنظر سأل المرجع المضمم قرة ٩٥ - قرة ٩٧ (م ١٣٨ ألمانى) .
(٢) وقد جاء فى المذكرة الإضافية للمصروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولم يأخذ المصروع بنصف الفتن الألمانى فيما يتعلق باستغلال التعاقد ، بل اتقى أثر المصروع الفرنسى الإيطالى . وليس معنى هذا الفتن (الألمانى) أن المبنون قد خضع لتأثير لم يستطع التغلب عليه بإرادته ، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعبوب الرضاء . ولكن يبينه أمر مختلف هو أن الطرف الآخر قد استغل فتن تعاقد معه ما قام به من ضعف وما اشتد عليه من عوز . فليس يتطوى الأمر الى عيب فى الرضاء ، بل هو يتطوى على عمل مختلف للأداب صدر من التعاقد الذى حصل على منحة لا تتناسب مع الرضاء . ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى ... تلك وجهة الفتن الألمانى . وقد آثر المصروع اطراحها واتباع ما اختاره المصروع الفرنسى الإيطالى فى هذا الصدد . فلم يعتبر الفتن عملاً مخالفاً للأداب ، بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء يتخج وجوده بطلان العقد بطلاناً نسبياً » (مجموعة الأعمال التصينية ٢ ص ١٩٠ - ١٩١) .

ويعتينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثاني ، وهو الذى أخذ به قانوننا المصرى الجديد مقتضياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وكثير من الضمائم الحديثة . فالاستئثار ، وفقاً لهذا الاعتبار ، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل ، بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يوجب إرادة الطرف المغبون . ذلك أن المتعاقد للمغبون إذا هو استغل فيه طيشه اللين كان مظلماً ، وكان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط . وإذا ما استغل فيه هواه الجامح ، كان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه . والأمر فى كل ذلك واضح ، فإن المتعاقد للمغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذى يخلل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالاً فادحاً ، إلا أن يكون قد وقع فى تدليس أو غلط فى حالة الطيش اللين ، أو أن يكون ضحية إكراه فى حالة الهوى الجامح . ولكن الغلط والتدليس والإكراه فى حالات الاستئثار عيوب لا تتميز تمييزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها ، بل هى عيوب مفترضة ، ويمكن فى افتراضها أن يقام الدليل على الاستئثار بمنصره المادى والنفسى . لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال ، بل وضع بديلاً عن هذا الجزاء فى بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للإقاص ، وجعلت اللنة التى ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإقاص سنة واحدة من تاريخ العقد . فخالفت دعوى الإبطال للاستئثار ، بهذا وذلك . دعوى الإبطال الأخرى التى ترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

ب — الجزاء الذى يرتب على الاستئثار

٢٠٩ — دعويله : إذا توافرت شروط الاستئثار التى أسلفنا ذكرها وجاز للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يطل العقد أو أن يقتصر للجزاءات هذا المتعاقد . ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستئثار إحدى دعوين : دعوى إبطال ، ودعوى إقاص .

وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإقاص ، فإنه يجب أن

يرفع دعواه في خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ،
(م ١٢٩قرة ثانية) . والسنة هنا ميّاد لرفع الدعوى لأمدة للتقادم ، فإذا انقضت
السنة دون أن يرفع المتعاقد المنبون دعواه ، ورفضها بعد ذلك ، كانت
الدعوى غير مقبولة كما يقضى بذلك صريح النص . ويقال عادة في هذا
الصدد إن السنة ميّاد إسقاط (déchéance) لا ميّاد تقادم (prescription) . والفرق
بين الميّادين أن ميّاد الإسقاط لا يتقطع ولا يقف ، بخلاف ميّاد التقادم
فيرد عليه الانقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد ، ونحسب
بالتقويم الميلادي (م ٣ من القانون الجديد) .

والحكمة في أن القانون جعل ميّاد رفع الدعوى في الاستئلال مدة قصيرة ،
وجعله ميّاد إسقاط لا يتقطع ولا يقف ، هي الرغبة في حسم النزاع بشأن
العقود التي يداخلها الاستئلال ، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على
دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسح . وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار التعامل .
أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسرى أنها لا تسقط
إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (م ١٤٠) ،
وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميّاد إسقاط ، فيجوز أن تطول
إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع أو الوقف . والعلة في ذلك أن الطعن
في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه
الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة ، فإن كلا من الغلط والتدليس
والإكراه شيء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من
وجود الاستئلال (١) .

٢١٠ - دعوى الإبطال: وإذا اختار المتعاقد المنبون دعوى الإبطال

جاز للقاضي أن يبيحه إلى طلبه فيطل العقد إذا رأى أن الاستئلال عاب رضاء

(١) ولم يكن المصروع التمهيد يفرق في هذا الصدد ما بين دعوى الإبطال في الغلط
والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإعلاء في الاستئلال ، فكل هذه الدعوى كانت
تتقادم ثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ٢٤٧) . ولكن لجنة القانون المدني
يجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذي يقضى بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢
من ٢٠٠ - من ٢٠١) .

المتعاقد المخبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء . وأن المتعاقد المخبون لم يكن ليرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى القاضى أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المخبون كان دون استغلال يرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضى إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً . واقتصر على إقصاء الالتزامات الباهظة على الوجه الذى سيأتى بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وإقصاء الالتزامات يسترشد فيه القاضى بملابسات القضية وظروفها ، فالمسألة إذن مسألة واقع لا معقب عليها من محكمة النقض .

ودعوى الإبطال للاستغلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسيأتى ذكر هذه الأحكام عند الكلام فى مطلق العقد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى فى أمرين :

(الأمر الأول) المدة التى ترفع فيها الدعوى ، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثانى) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوق الحكم بالإبطال

عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف للمخبون ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا الحكم فقالت : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . فإذا كان العقد معاوضة كالبيع ، وطالب البائع المخبون بإطاله للاستغلال ، جاز للمشتري أن يعرض زيادة فى الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضى أن الزيادة التى عرضها المشتري تكفى لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد . ومقدار الزيادة الذى يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشيء . بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتخمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضى فى تقدير ذلك إلى ملابسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسيب واقعاً . وغنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتتوق دعوى الإبطال لا يطبق على عقود التبرع ، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

٢١١ - **دعوى الإنقاص** : وإذا اختار المتعاقد المتبون إنقاص التزاماته انباطة ورفض من يادى الأمر دعوى الإنقاص، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضى رأى الانقاص على إنقاص التزاماته ، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذى لا يجعلها باهظة (١) . وهذا أيضاً موكل لتقدير القاضى ينظر فيه وفقاً للملابسات القضية وظروفها ، كما هو الشأن فى الزيادة التى يعرضها الطرف المستغل لرفع الثمن فيها مر بنا . والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها . فى البيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المتبون دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رأى الانقاص على الإنقاص ، جاز للقاضى أن يتقص من المبيع القدر الذى يراه كافياً لرفع الثمن الفاحش عن البائع . ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلاً للثمن ، بل يكفى ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل هذا الباقي بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر فى إنقاص التزامات البائع الباطلة أن يعدل القاضى عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة فى التزامات المشتري ، بأن يزيد فى مقدار الثمن بدلاً من أن يتقص فى قدر المبيع ، فإن نص القانون لا يجز ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤذى البائع بل يرفع عنه الثمن ، فإن الزيادة فى الثمن تد نؤذى المشتري إلى حد أن يؤثر المدول من الصفقة . وإنما تجوز الزيادة فى الثمن إذا رغب المشتري نفسه فى ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقعها بعرض زيادة فى الثمن يراها القاضى كافية لرفع الثمن كما مر .

ويجوز الإنقاص فى عقود التبرع التى داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، ويتقص القاضى التبرع إلى الحد الذى ينتفى معه أثر الاستغلال .

(١) ولذا صح للقاضى أن يحكم بالإعاس ولو طلب المتعاقد المتبون الإبطال ، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذاتطلب المتعاقد المتبون الإعاس . لأن هذا قد قدر مصلحته وانحصر على الإعاس ، فلا يصح لقاضى أن يحكم بالإبطال وإلا اعتبر أنه قد قضى الخصم بأكثر مما طلب . ويبقى القاضى ملتزماً بطلب الإعاس إذا تطلبه المتعاقد المتبون حتى لو كان الطرف الآخر آثر على إعاس المدعى الإطالة ، ذلك أنه لا يستطيع أن يطلب إبطال عقد استغل مو فيه الطرف المتبون .

٢١٢ - دفع طوبى من اعتراض على نظرية الاستغلال : خشى

كثيرون من هذا النص العام الذى ورد فى القانون الجديد عن الاستغلال ، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقلل وعدم الاستقرار ، وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف ، فإن القضاء المصرى قد واجه فعلاً أقضية الاستغلال فى الأمثلة التى قدمناها ، وعالجها بالقدر الذى استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفى هنا ، وأن نصاً عاماً فى الاستغلال ، لا سبباً إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً ، تفرضه الضرورة وتوجه مقتضيات التعامل . فيواجه القاضى ما يعرض له فعلاً من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات ، وتقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً . ففرق منهم يرى أن هذا النص العام فى الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى (١) . وفرق آخر يقول على التقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق . وإن أقضية الاستغلال التى طرحت أمام المحاكم فى البلاد التى اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى (٢) . وسنرى ما يصير إليه الأمر فى مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذى اشتمل عليه القانون الجديد (٣) .

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع فرج إذ يقول فى مذكراته غير المطبوعة (ص ١٣٤) ما يأتى :
« ولا أبالغ إذا قلت إن هذا النص الخاسر بالاستغلال سيعرض المحاكم لعدد كبير من القلة وعدم الاستقرار ، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى » .

(٢) أنظر بلايول وريير. ويولانيه بريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢ ، قرة ٢٧١ - وانظر أيضاً مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مول (Mourel) فى بعض مسائل متعلقة بشكوى العقود وبغوثها المزمة : بريس سنة ١٩٤٨ - سنة ١٩٤٩ ص ٣٨٧ (وقد سبق الإشارة إليها آنفاً قرة ٢٠٣ فى الخامس) .

(٣) وغنى عن البيان أن العقود التى تكون قد أبرمت قبل تخذ القانون الذى المجدد يسرى عليها القانون القديم ، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستغلال التى مر ذكرها ، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد السالمة على الوجه الذى كان معمولاً به فى القانون القديم . أما العقود التى تكون قد أبرمت منذ تخذ القانون الجديد (أى منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فهذه هى التى تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون .

الفرع الثاني

المحل

(L' Objet)

٢١٣ - تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به . والمدين يلتزم كما قلنا إما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل .

والالتزام بنقل حق عيني إما هو التزام بعمل . ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته . فإذا كان الحق العيني حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبح شيئاً واحداً ، فصار الالتزام بنقل الملكية عنه هو الشيء ذاته الذي تنقل ملكيته .

٢١٤ - الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام : يستخلص من نصوص القانون الجديد (م ١٣١-١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون : (١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلاً لالتزام بنقل حق عيني) . أو ممكناً إذا كان محلاً أو امتناعاً عن عمل . (٢) معيناً أو قابلاً للتعيين . (٣) قابلاً للتعامل فيه (١).

(١) انقصر القانون المدني القديم في الكلام على المحل على نص واحد ، هو المادتين ١١٩/١٥ . وهما تضمنان على أنه : يجب أن يكون الفرض من التمسك فعلاً ممكناً جازئاً ، وإلا كان باطلاً . فإن كان الفرض منه إصطفاً شياً ، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التمسك به ولزم تعيينه بالنوع وأن يكون صفته معينة بكيفية تمنع الاستيفاء على حسب الأحوال . وقد اشتمل المشروع المهيمن على القانون الجديد على نص يسرد شروط المحل على هذا النحو ، فنصت المادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يأتي : « يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ومعيّناً أو قابلاً للتعيين وحائزاً شرعاً ، وإلا كان العقد باطلاً » . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص في المشروع النهائي اكتفاءً بالأحكام الفصلا التي وردت في المواد التالية (م ١٣١ - ١٣٥) ، (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٠٧ في المجلد ٢) .

المبحث الأول

المحل موجود أو ممكن

١ - المحل موجود

٢١٥ - معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذى يتعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون يمكن الوجود بعد ذلك . وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء يمكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة - حتى لو أمكن وجوده في المستقبل - فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به . فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل .

٢١٦ - المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المثلث الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (١) » . وقد يلبو أن هذا

(١) أنظر تاريخ الترسى فيما على (فقرة ٢١٧ في الخامس) وانظر للمادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإبطال . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا السند ما يأتي : « يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية ... فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبلي . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون شيئاً أو على الأقل قابلاً لتعيين . وليس ثمة حل للتفريق بين بيع الثمار النضجة وبيع الثمار قبل انضاجها على نحو ما فعل الفرنسيون المختلط (م ٢٣٠ - ٢٣١) متأثرة في ذلك بأحكام الترسية الإسلامية (مجموعة الأعمال الضمنية ٢ ص ٢٠٨) .

النص بليسى، فهو يرد حكماً تقضى به القواعد العامة، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل القابل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامى^(١)، فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فيع المعلوم باطل ، واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلة على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدنى المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامى فنص في المادة ٣٣٠ على أن يبيع أثمار الشجر قبل انقضاءها والزرع قبل نباته باطل^(٢) . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إراحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح^(٣) .

ويترب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تثبت . بشن مقدار جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على ما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطنى والقانون المختلط . ويترب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بنائه على أن تتصل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل بحق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج^(٤) . والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرأ معيناً من مصنوعاته دون

(١) قول المرووف من أحكام الفقه الإسلامى لأن هناك من نهى المسلمين ، كمين القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع التمر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قبل أن يثبت سعر الوحدة لا بشن مقدار جزافاً .

(٢) ثم نصت للمادة ٣٣١ من القانون المدنى المختلط على ماأتى : « ومع ذلك فيع الأثمار المنقذة وبيع الزرع الثابت يشمل أيضاً الأثمار التي تنقذ والزرع الذى يثبت بعد البيع » . أسطر في القضاء المختلط نظرية النقد للدولف فقرة ٤٥٧ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المدد ماأتى : « وقد تعد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتف حكم الأشياء المستقبلية ، هرر صلاحيتها لأن تكون عللاً للالتزام » (مجموعة الأعمال الضرورية ٢٠٦-٢٠٧) . (٤) وقد يكون البيع الواقع على النتاج يياً احتياطياً ، فيصح وجد النتاج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبياً في تقدير التمر .

ن يكون قد آتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأ . وينزل مقاول عن الأجر في مقاولته لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ ققرة ٢) لو رهناً حيازياً (١٠٩٨م) . وقد يحرم جميع شروط التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلية ، وهذا ما نقض الآن إليه .

٢١٧ - التركة المستقبلية : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون الجليل على ما يأتي : « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون (١) » . وهذه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص (بقترية) في المادة ١٨٢ من المرسوم التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - يجوز أن يكون على الالتزام شيئاً مستقبلاً ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن المرسوم التمهيدى يميز التعامل في التركة المستقبلية برضاه المورث . وقد جاء في الذاكرة الإيضاحية لهذا المرسوم في هذا الصدد ما يأتى : « والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وهما القواعد التقليدية التي جرى السبل عليها من عهد الرومان . بيد أن المرسوم قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً عامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا رضى صاحبها ذلك . ولما أن علة تحرير البطائن ، وهي الخوف من مضاربة المورث على حياة مورثه ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صرح عنده من الأسباب المفضلة ماير من أجله التصرف . وبهذا أبيع المورثة أن يفتقروا على تنظيم شؤون التركة وأن يصرفوا ناسياً بمقتضى أن يؤول إليهم منها مخدوم المورث قد أقرم على ذلك » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٢٠٥ في المجلد ١) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « ورد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضرور بضرورتها جميعاً ، كالبيع والمقايضة والفكره والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويرامى أن النص الذى تضمنه المرسوم أهم من نصي القاعدتين ٢١٦/٣٣٢ من القانونين الحاليين ، حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المرسوم وبين قواعد القانونين الحاليين خلافاً أهم مما تقدم يصل بمحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاملاً برضاه صاحبها . فقد أحذى هذا القانون مثال أغلب القوانين الأجنبية ، وقضى بإبطال التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم »

التعاطف ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني ، فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلية مخالفاً للآداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعد كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليق أن يفرى ذا المصلحة بالتسجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل في التركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى

=معروية المثل ، باعتبار أن الضاربة على الموت تتعرض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر الصرف بطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا بلغ شخص كل أمواله الماضية والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن منجماً لا يزال نصيبه من القبول غير كبير (أنظر مع ذلك المادة ٦٣٦ من تفتين الالتزامات السويسرية والمادة ٣١٢ من التفتين الألماني ، وكذلك المادة ١٢٧١ من التفتين الإسباني والمادة ١٣٧٠ من التفتين الهولندي والمادة ٥٨ من التفتين البولوني) ، فاستبعد فكرة الضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا في الصرف وإيرثه . وليس يكن لإعطاء التفتيد في هذه الصورة رضا التعاقدين ، بل لا به أيضاً من رضا المورث ، ويجب أن يكون رضا الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان الصرف لا يتخذ إلا بأجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة تظهر في التفتين المصري المثل ، فخرقة الحق لا تتخذ إلا إذا اقرن رضا الممثل عليه رضا طرفي الموافاة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية المورث ، ولهذا شرع الإعلان الذي لمصلحة . ثم اعتبر الإعلان بعد ذلك مخالفاً لمخافة الصرف للآداب من حيث استنكار فكرة الضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتفتينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المادة وضماً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلة لا يقتصر على التعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورياً لا مسمى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إيجابياً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في الصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيلاً باستبعاد فكرة الضاربة التي استند إليها لاعتبار الصرف مخالفاً للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اختلافات لها ، بغير شك ، قصداً من ثلجية الصلبة ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا المظهر القائم . فلو تورتة مثلاً أثناء حياة مورثهم وموافقتهم أن يتفوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليمة لإرادتهم . كذا يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بخفض قواعد الميراث . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٠٨ - ص ٢٠٩) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تمدد عن هذا التجديد ، في نود إلى المحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضا المورث ، فصدت نص مشروع التمهيد على الوجه الآتي : ١٥ - يجوز أن يكون عمل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة بطل إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون . وقد لوحظ في الرجوع إلى المحكم القديم أن أم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التصرف =

مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فصرح هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة المورث معاً ، فإن المورث الذي يتعامل في تركة مستقبلة ينبغي أن يكون تركة لا يقف عند تبيدها ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فصرح هذا التعامل بقرره حماية له من ترقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذ هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركة مستقبلة باطل ، أيا كان الطرفان ، وأيا كان نوع التعامل . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها ، وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليها وقت الموت هو تركته المستقبلية . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلة في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه

التركة لمصلحة برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة . فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ، ولا ضير بعد هذا من الملاحظة على مخالفات القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ في الدروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى النقرة الثانية عبارة «ولو كان برضاء» زيادة في الإيضاح ونسجاً على متوال القوانين القديم . وأصبح رقم المادة ١٣١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ، ٢ ص ٢٤ - ٢١١) . وانظر المادة ٢٦ من الدروع الفرنسي الإيطالي - واطنر المادة ٦١٢ ، القوانين الألمانية والمادة ٦٢٦ من قانون الالتزامات السويسري .

هناك كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً عاماً لمن القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصور على البيع دون غيره من أنواع التملك . فكانت المادتان ٢١٣/٢٣٢ تنصان بأن «بيع لوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه» . ولكن الله والقضاء في مصر كانا يريان هذا التصديقاً لطائفة عامة هي تحريم كل ضروب التملك من بيع وغيره . (نظر بقصد المؤلفات رقم ٤٥٦) .

لكي أنه يدخل ضمن أموال التركة (١) . ويستوى أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلة كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلة فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلة (٢) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث . أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح . وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملاً في تركة مستقبلة . ولا يعد تعاملاً في تركة مستقبلة أن يؤجل الدين وفاة الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أملاً في سداد الدين من التركة التي سيرثها ، ولا تأجيل الدين وفاة الدين إلى يوم موته هو ، فليس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلة ، بل هو تعديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعامل باطلاً حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن المستحق في وقت قد حصل على أن يكون المستحق الثالث في الوقت كفيلاً لدينه توقعاً لموت هذا الدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلة . كذلك لا يعتبر باطلاً تصدق أخ لأخته بأن يمنح لها مبلغاً معيناً على ألا تطلب بشيء من ميراثها وإلغائها إذا تبين أن الأم وهبت أبنائها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلة وقد اقتصرت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٨ يونيه سنة ١٩٣٩ المحللة ١٠ من ٩٩) .

ولكن يعد تعاملاً في تركة مستقبلة أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبي ، أو إضاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأي منهم باطلاً . كذلك يعد تعاملاً في تركة مستقبلة تصرف لا يحدد فيه المورث تركة بخاصة بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وتصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين بمقتضى تصود عليه من عقد .

(٢) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه — وهذا يبيع باطلاً لأنه تعامل في تركة مستقبلة — وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملك في الحال — وهذا يبيع ملك الثبر وهو قابل للابطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المقتضية في تركة مستقبلة ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المحسوبة الرسمية ٢١ رقم ١٤) .

من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة بأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفضل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة. والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام . فلذا أبحنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطلاع أن يجحد عن هذه الأحكام (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يتصل بالإرث أو يتركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق الثبوت لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتصل بالنظام العام . والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تقصده الإجازة ، وبحكم القاضي به من قضاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الرياسة أو التقس في حصصهم الشرعية أو من جهة الصرف في حق الإرث قبل اختطه لصاحبه واستحقاقه إليه ، بل جميع هذه الأخطايل وما شابهها مخالف للنظام العام ، فلذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتسلكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتسلك هي ملكه في حالة وفاته قبلها ، فإن التكليف الصحيح للبرائح لصرفها هذا أنه تبادل منفعة ملحق على الخطر والقر ، وأنه أخلاق مقصود به حرمان ورثة كل منها من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو أخلاق باطل . أما التبرع المنقضي الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويثبت هذا الصرف أن يكون من قبل ولا المولاة ولكن في غير موطنه المعروف هو فيه مادام لكل من المصالحين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (نفس مدني في ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩)

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوارثه في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إليه ، فليس هذا تعللاً في تركه مستعجلاً ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يتخذه المورث من الأموال بعد موته ، وأن قيد التصرف لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فلكذلك السكك الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تبديل أنفسهم ، ولو كان الصرف سائداً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف شوباً بسبب . وأن هذا حتى لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نفس مدني في ٢ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ ص ١١٣٨) .

هذا والتحليل الذي ذكرناه في تحريم التعليل في التركة للتعليل على المورث نفسه هو التحليل الذي نالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراضات ترجع إلى التحليل على مخالفة أحكام الميراث ألا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام ، وبقي صحيحاً تعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سبقت الإشارة إلى أن المعروف التمهيدى تضمن حكماً في هذا المنحى حذف في المعروف النهائي .

وكل ضرب من ضروب التعامل في الشركة المستقبلية محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يبالغ عليه ، أو ينزل عنه يلاوته المفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره (١) ، أو أن يجري عليه أى نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازته القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م ٩١٥ جديد) وقسمه المورث (م ٩٠٨ - ٩١٣ جديد) .

٢ - الملصق

٢١٨ - الملصق يقابل الوعد : رأينا في الالتزام الذي يكون ملصقاً نقل حتى عنى أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون ملصقاً على عمل أو امتناع عن عمل فيجب أن يكون الملصق فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان عمل الالتزام مستحيلاً ، فإن الالتزام لا يقسم ، ويكون العقد باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل . (à l'impossible nul n'est tenu) . وقد نصت المادة ١٣٢ من القانون الملصق الجديد على ذلك إذ تقول : « إذا كان عمل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً (٢) » .

(١) فلذا شهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه في شركة كان عنده بالملصق (ممثلة التخصيص الفرنسية في دورها الجمعية في ٢ يولي سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥٥٣) .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١٥ - إذا كان عمل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استعانة مطلقة ، كان العقد باطلاً .
٢ - أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتصوير لعدم وفائه بصدده . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كانت الاستعانة مطلقة ، فالملصق غير موجود في الواقع . ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستعانة بعد قيام العقد ، فيكون للتعاقد في هذه الحالة أن يرضع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستعانة نسبية ، أي ماصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم التعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً لقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتصوير إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتصويره ، فإن كان ثمة عمل فذلك . وقد انصهر المشروع فيما يطبق الاستعانة الملصق على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتضييقها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . »

٢١٩ - الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة

هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلا في ذاته كما تنص المادة ١٣٢ ، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى الملتزم فحسب . فقد يلتزم شخص بعمل في يكون مستحيلا عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . في هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على عمل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولا في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه وتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاما لا يطيقه ، ويموز فسخ العقد إذا كان ملزما للجائنين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولا عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا (١) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا

= فينص هذه التعليقات قد ورد في مواضع أخرى من الشروع ، وبخاصة من البير أن يستلزم من المباشرة الملة (أنظر المادة ٣٠٧ من القانون الأول والمادة ٢٠ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٥٧٥ من القانون البولوني الخ...) على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من الصادقين بالتعويض) . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد سبل الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلا في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : « إذا كان على الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد ملغيا » . وأصبح رقم المادة ١٣٦ في الشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل إن المراد من أن الأمر يكون « مستحيلا في ذاته » هو أن يكون مستحيلا استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢١١ - ص ٢١٤) .

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلا بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصا غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة استحالة موضوعية (impossibilité objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilité subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض . =

الالتزام . ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضي بنشئها بعد أن وجد . فخر أذمة المدين . ولكن يبقى مسئولا عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فتح العقد إذا كان ملزماً للجائين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد عمال برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالاستمتاع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له . وإنما تجعله في الحالتين قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجائين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فلها تجعل العقد باطلا ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجائين (١) .

٢٢٠ - استحالة الطبيعة واستحالة القانونية : والاستحالة في

الأمثلة التي قد سادها استحالة طبيعة . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أي ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد عمال برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهي الالتزام إذا وجدت بعد ذلك .

وهو من ثم يبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلا على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك المتقبض ، بل يستطيع قس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . ولولا ورود سرعيل يبيع ملك الغير قابلا للإبطال (م ٤٦٦ من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلا للفسخ .

(١) وقد نكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة فاعرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير من الملتزم ، فينقضي الالتزام بها ، وينسخ العقد إذا كان ملزماً للجائين .

ويبنى على ما تقدم أن تمهد المحامى يرفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذى يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً فى جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن المحامى ترك الميعاد يتقضى دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامى مسئولاً عن التسويف .

المبحث الثانى

المحل معين أو قابل للتعين

٢٢١ - **المقصود القانونى** : نصت المادة ١٣٣ من القانون المدنى

بالتحديد على ما يأتى :

١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً .

٢ - ويمكن أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٤ من المشروع التمهيدي على النحو الآتى :

١ - يجب أن يكون الشيء محل الالتزام معيناً بذاته ، أو بنوعه ومقداره . ٢ - ويمكن أن يكون الشيء معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط . وفى لجنة المراجعة تقرر إدخال بعض تعديلات لفظية ، والنص على حكم البطلان بعد أن استثنى عن المادة ١٨١ من المشروع ، وحذف عبارة « صراحة أو ضمناً » من الفقرة الثانية لأن الأخلاق الضميمة يندرج تحت عبارة « استخلاص ذلك من أى ظرف آخر » وإضافة العرف كخصيص إليه تسم فى عبارة « من أى ظرف آخر » . فأصبح النص كالاتى : « ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً . ٢ - ويمكن أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط . » وأصبح رقم المادة ١٣٧ فى المشروع التمهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على الفقرة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢١٤ - س ٢١٧) : أنظر المادة ١٩٠ فقرة ٢ من النصين البتائى والمادة ٢٤٣ من النصين الألمان .

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (١) » .

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معينة أو قابلاً للتعيين . فإذا كان المحل نقوداً . وجب أن تكون هي أيضاً معينة أو قابلة للتعيين : أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس في الأصل لتغيرها أى اعتبار . فتكلم : (أولاً) في كيفية تعيين المحل (ثانياً) في تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً .

١ - كيفية تعيين المحل

٣٢٢ - تعيين محل الالتزام إذا كان محمولاً أو امتناعاً عن عمل :

إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٦ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي :

« ١ - إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يكون المدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك . ٢ - إذا لم يكن العقد معين في القدر سرقانون في مصر جاز للمدين أن يفي دينه بنقود مصرية يصر القطع في الزمان والمكان الذين يتم فيها الوفاء . فإذا لم يكن في مكان الوفاء سعر معروف للقطع ، فيسعر قطعا في أقرب سوق تجارية . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخير ذلك . ٣ - إذا تأخر المدين عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزماً بفرق السعر ، دون إخلال بفوائد التأخير » . وفي لجنة المراجعة اقترح حذف النص كله لأنه يفرح حكماً في مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خلس ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبقاء الفقرة الأولى على أن يحدف منها العبارة الأخيرة « ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك » ، فأصبح النص الذي أقرته اللجنة هو ما يأتي : « إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » . وأصبح رغم المادة ١٣٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك صلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢٢٢) . أظنر المادة ٢٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي . هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن النص الآتي (م ٤٧٤/٥٧٧) : « إذا كان الشيء المستطرق نقوداً لزم رده بين قيمته المبدئية أيًا كان اختلاف أسعار السكوكات التي حصل به وقت المداوة » . وهذا النص لا يختلف في المعنى عن النص الجديد ، وإن كان مقصوراً على عقد القرض .

معيناً. فإذا تعهد مقاول ببناء وجب أن يتعين هذا البناء أو وجب على الأكل أن يكون قابلاً للتعيين . وقابليته للتعيين ترجع إلى الظروف التي تستخلص منها نية طرفي الالتزام . فإذا التزم المقاول بأن يبنى مستشفى أو مدرسة أو منزلاً للسكنى أو منزلاً للاستغلال أو نحو ذلك ، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منها العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب . أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يبين أى نوع من البناء هو ، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعلوم .

٢٢٣ - تعيين محل الالتزام في الشيء موضوع الحق المعنى :

وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شيء ، وجب كذلك أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين . وهنا يجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين .

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة . فبوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة . فإذا باع شخص منزلاً ، وجب أن يبين موقع هذا المنزل في أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى . وإذا باع أرضاً : وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها . وإذا باع سيارة معينة بالذات ، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة . لاسيما إذا كان البائع عنده أكثر من سيارة واحدة . وقد طبقت المادة ٤١٩ من القانون الجديد هذه القاعدة في صدد عقد البيع ، فنصت على أنه ويجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .

أما إذا كان الشيء غير معين بالذات ، وجب أن يكون معيناً بنفسه ونوعه ومقداره ، كأن يذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الأشمونى وأن مقداره عشرون قطاراً . فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو للمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة .

وكثيراً ما يترك تعيين المثل للمألف أو للعرف ، كما إذا قام متجر بجوريد
سلعة لعميل له دون أن يبين الثمن ، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره .
وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة
الحدودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي
هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يفني
المدين ، ولا يكون رديئاً حتى لا يقين الدائن (١) .

٢٤ - تعيين عمل الالتزام إذا كان تقوداً

١٢٤ - تعيين التقود - العملة الورقية ذات سعر المتأخرى :

إذا كان عمل الالتزام تقوداً ، وجب أن تكون هي أيضاً مبنية بنوعها ومقدرها
شأن أى عمل للالتزام . فليترم المدين مثلاً أن يؤدي الدائن مقدرلاً معيناً من البنحيات
المصرية أو من القروش أو من اللاليم . وتقضى المادة ١٣٤ ، كما رأينا ، بأنه إذا
كان عمل الالتزام تقوداً انترم المدين بقدر عندده المذكور في العقد دون أن

(١) وقد يترك تعيين المثل لأجنبي كما إذا باع شخص عيناً بشئ يترك تقديره لحكم . فإذا
قرر الحكم المثل كان تقديره ملزماً للمتأخرين ، وعلم التزام المتأخر على عمل معين . أما إذا لم
يقدره فلا يجوز قلننى أن يقوم مقله في التقدير ، لأن عمل القود لا يدخل في مهمة القاضي ،
فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلاً . ولا يجوز ترك تعيين المثل لإرادة أحد المتأخرين
الحصة إذ يصبح التعاقد الآخر تحت رحمة ، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون
هناك مجال للحكم .

هنا وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص يمرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا
المشروع ، وقد جرت على النحو الآتي : ١ - إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتأخرين أو
لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس عقلاني . فإذا أبطأ التعيين أو
قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم من القضاء . ٢ - ومع ذلك إذا ترك
التعيين لأجنبي عن العقد ولخص اختياره ، فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستعلم هذا الأجنبي أن
يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يتم به في وقت مقبول أو قام به وكان تقديره غير عادل .
وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لأنه يمرض لحالات تعسفية فليلاً الأهمية
(مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ٢١٥ - من ٢١٦ في المالحس) . وبعد حذف النص لم
يسد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التي قدم ذكرها . أظن أيضاً في
هذا الموضوع المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من القانون الآتي ، وعن هذا المواد الخمس المشروعة
التمهيدي المادة ١٨٥ التي حذفتها لجنة المراجعة .

يكون لارتفاع قيمة هذه القود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . ويرتب على ذلك أن الدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من القود ، سواء ارتفعت قيمة القود أو انخفضت . فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين . وليس من اللازم أن يؤدي المدين القود من النوع المنصوص عليه في العقد ، جنياً أو قروشاً أو ملائيم ، بل إن المدين يؤدي دينه عادة بتقد ذى سعر قانونى (cours légal) يساوى القدر المتفق عليه ، فيؤديه عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانونى .

والأصل في نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى (cours forcé) . فالسعر القانونى وحده كاف لجعل الدائن يستوفى حقه . ومهما يكن من خلاف في هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى ، فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أى وقت شاء .

٢٢٥ - العملة الورقية ذات السعر الإلزامى (شرط الذهب) :

فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامى ظهرت خطورة المسألة ، لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامى تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية . وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم . فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى . وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . فذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً ، وهذا ما يسمى بشرط الذهب (clause d'or) . فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب (payable en or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) . فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً ؟ نرى أن ذلك لا يجوز في المعاملات الداخلية . وأن الشرط يكون باطلاً لمخالفته لنظام العام . وأن المقد الذى تضمنته هذا الشرط يكون باطلاً كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ونحن في هذا

الرأى نضق مع القضاء الفرنسى (١) ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين (٢).
وعما يؤيد ما نذهب إليه أن الفرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق
قيمة قانونية إلزامية، مادلة لقيمة الذهب، فيتعلم الفرق بين الورق والذهب
في نظر القانون، ويجب أيضاً أن يتعلم في نظر الأفراد، لأن القانون إنما

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٢٥ -
وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٤١ (مع تعليق هيربرت (Hubert)) -
محكمة باريس الاستئنافية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ - ٢ - ١١٥ -
وفي ١٣ أبريل ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ .

(٢) أوربى ورو الطبعة الخامسة س ٣١٨ - س ٣٦٠ - كاجيان في دالوز الأسبوعي
سنة ١٩٢٦ باب الثلاث س ١٧ و س ٣٣ ، وسنة ١٩٢٧ س ١ ، وسنة ١٩٢٨
س ٥٣ - ديوج في مقال له في جريدة مونتري القود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١
س ١٢٧ ، وسنة ١٩٢٣ س ٩٧ - جيز في مقال له في مجلة العلم والتشريع المالي
(Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ س ٥ - ليون كان
في تعليقه في سيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٩٣ - ساناتيه جازيت دالوز ١٩٢٤ س ٨٩ وتعليقه
في دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ٨٩ و ١٥٣ و ١٥٣ - ٢ - ١٥٣ و ١٥٣ -
بلانول وريبير وجاويل ٢ فقرة ١١٦٨ . على أن كثيراً من الفقهاء يغيرون إلى عكس هذا
الرأى ويقولون بصفة شرط الذهب حتى في العملات الداخلية (بودرى ويلارد ٢ فقرة ١٤٧٥ -
ديويش (Dupuich) في تعليقه في دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٢٧ - بجى في مجلة القانون
الدنى ربح السنوية سنة ١٩٢٦ س ٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ س ٥ - لالو (Lalou) في تعليقه في
دالوز سنة ١٩٢٤ - ٢ - ١٧ و ٩٧ - وسنة ١٩٢٦ - ٢ - ٩٥ و ٦٩ - مائر
(Mair) في مجلة قانون البنوك (Revue du droit bancaire) س ١ و ١٩٣ و ٢٨٩ و ٧
س ١٩٣ - جوسران ٢ فقرة ٨٥٩) .

هذا وقد تضمن للمشروع التميدى نصاً في هذه المسألة هو المادة ١٨٧ ، وقد جرت بياقاي :
« ومع ذلك إذا قرر سعر إلزامى للتد الورق فلا يجوز الاضاق على الوفاء بالتقود المدنية أو
بالتقود المصرية محسوبة بسعر الذهب ، ولكن يجوز الاضاق على أن يكون الوفاء بتقود أجنبية
محسوبة بسعر قطعها » . وفي هذا النص تحريم لشرط الذهب . وقد ورد في الذاكرة الإيضاحية
للمشروع التميدى في هذا الصدد ما يأتي : « ولها ينتر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس
قيمة الذهب بطلا في حالة تحرير سعر إلزامى (حتى في العملات الدولية : الرسوم بقانون رقم
٤٥ لسنة ١٩٣٥ - ظن القانون الفرنسى في ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٨ التقويم السنوى
للتشريع الفرنسى سنة ١٩٢٨) ويترتب على بطلان الشرط بطلان النقد بأسره إذا كان الشرط
هو المانع المانع على التماقد . ومع ذلك فيجوز الاضاق على أن يتم الوفاء بتقود أجنبية تحسب
بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بتد أجنبى . وليس في هذا عكس ينس في القانون لأن التد
الأجنبى ليس له سعر إلزامى أصلاً . ثم إن العمل بقضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء بالعملات
الدولية على أساس سعر القطع الذى يتل العلاقة بين التد الوطنى والتد الأجنبى » . وقد =

لرؤاد هذا حياة لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

هذا وبلا حظ أن القضاء الفرنسي إنما يبطل « شرط الذهب » في المعاملات الداخلية في فرنسا . أما في المعاملات الخارجية ، وهي التي تقتضى خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها ، كما إذا صدر تاجر في فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج ، وكما إذا عقدت دولة قرضاً في أسواق أجنبية ، فإن « شرط الذهب » يكون صحيحاً . وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسي أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس هذا التبادل إلا اعتبارياً ، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا في المعاملات الداخلية حيث ينسبط سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً . أما في المعاملات الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة ، ولا ينفذ اعتبار المشرع في غير بلده ، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً (١) .

= حذفت لتقليل دراسة الصروع التهديد في الصروع النهائي لأنه يفرح كما في مسائل اقتصادية متضرة يحسن تركها لقانون خاص - (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ م ٢١٨ - م ٢١٩ في الملمش م ٢٢٠ - م ٢٢١) . وسرى فيما يلي أن هذا القانون الحاس الذي تركت المادة لحكمه هو الرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وبطل هذا القانون شرط الذهب حتى في المعاملات الخارجية (الدولية) . ويطلب أن ترك التفتت مسألة العمل بالتقود الأجنبية إلى تصريحات خاصة . وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون الذي السورى الجديد على أنه « إذا كان عمل الالتزام متوقفاً ، ألزم اللذين بقدر عددهما المذكور في القيد دون أن يكون لارتفاع قيمة منه التقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى آخر ، ألم ينس القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي » .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ٤١ ولى ٣ يولية سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ - ١ - ٥ . وث ٢ يولية سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ - ٤٥٧ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (Sommelier) ١٩٤٢ فقرة ٢٦٧ - محكمة يوردهو الانتشافية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٦ - محكمة بلورس الانتشافية في ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ - وفي ٩ يولية سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٥٣٧ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٩ - محكمة ميزانسون الانتشافية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ سيرة ١٩٢٩ - ٢ - ٥٥ . هذا وقد نهد المشرع الفرنسي وجهة نظر القضاء في هذا الموضوع نفس صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً في المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يولية سنة ١٩٢٨ ولانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧) . أنظر في هذه المسألة بلايول وريير وجايول فقرة ١١٨٠ ونفزة ١١٨٥ - جوسران ٢ فقرة ٨٦٠ مكررة - كولان وكايجان الطبعة المشررة سنة ١٩٤٨ فقرة ٤٩٧ .

٢٢٦ - شرط الذهب في القانون المصري : أما في القانون المصري

فقد مر القضاء بمرحلتين :

(المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ . وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون العملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب - وهذا هو السر القانوني - وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب - وهذا هو السر الإلزامي - وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأى سبب وبأى مقدار) يكون دفعا صحيحا وموجبا لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلا بالعملة الذهبية ، بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن ، أى سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو وجدت بعد ذلك . والنص كما نرى صريح في أن شرط الذهب باطل إطلاقا ، ولم يميز المرسوم في ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، بل إن هذا التشريع جعل له أثر رجعي ، فهو يبطل شرط الذهب في عقد تم قبل صدوره كما يبطله في عقد تم بعد صدوره .

ولكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصري في شأن شرط الذهب . فبعض الأحكام قضى بطلانه ، وبعض قضى بصحته ، وبعض جرى على نهج القضاء الفرنسي فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلا والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحا (١) .

(١) أنظر في معنى البطلان عمكة الاستئناف المخططة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٧ - وفي معنى الصحة عمكة الاستئناف المخططة في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٢ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٦ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٩١ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ - وفي معنى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية عمكة الاستئناف المخططة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٣١ .

وكانت بين المحاكم الكلية المخططة تجزئة أحكام مرسوم سنة ١٩١٤ ، فبين جكران وما الثمان بقران السر القانوني والسر الإلزامي لأوراق البنك الأهلي يتفان على الأجنبي دون حاجة لموافقة الجمعية التأسيسية لعمكة الاستئناف المخططة ، لأنها صادرا من الدولة المصرية بطلان من حق البائدة ، وأما الحكم الثالث وهو الذي ينص على بطلان شرط الذهب فلا يحذ على الأجانب فقرأى هذه المحاكم لأعمال صدر من الدولة المصرية بما لها من حق البائدة ، وهو =

(الرحلة الثانية) وبقي القضاء المعصري يواجه شرط الذهب مضطرباً غير مسخر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ . وقد أراد المشرع المعصري بهذا القانون أن يحسم ما نشب من خلاف في تفسير الرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصلد المسألة التي قام فيها الخلاف الجوهري ، وهي قيمة شرط الذهب في المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصفة الدولية . ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يتم في شأنها خلاف جدي ، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلاً في هذه المعاملات . وكذلك يجب أن يكون باطلاً في المعاملات الخارجية ، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥ ، لأن النص الذي ورد في مرسوم سنة ١٩١٤ في بطلان هذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية كما قلنا . ويقول المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ في هذا الصدد ما يأتي : « ... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أي تفرقة بين العقود التي يسرى عليها حكمه ، وليس ذلك لأن النص عام فحسب ، بل هو فوق ذلك صريح قاطع ... فالدفع أيا كان نوعه حتى لو كان سيه التزاماً دولياً داخل بلا شك في عموم هذا النص . وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذي حدد فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسية وقد بنى على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية . وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولنفس من شرع حكم ذلك الرسوم أن يزيد مقاصده وضوحاً فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية ، وألا يدع أي شك يحوم حول تطبيق القاعدة التي أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتي تقرر أمراً من أمور النظام العام ، عل

= يتألف من ثلاثة ١٤٩ من القانون التجاري المختلط التي تنص بأن وفاة السكنية يكون بالصفة التي تذكر فيها ، ولم توافق عليه الجمعية التشريعية . أُنظر في أحكام الحاكم المختطة في هذا المعنى محكمة استئنافية الكلية في ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ جلزيت ٢٢ من ٢٥٥ - وفي ٤ أبريل ١٩٣٣ جلزيت ٢٢ من ٢٥٦ - محكمة مصر الكلية في ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ جلزيت ٢٢ من ٢٥٧ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جلزيت ٢٣ من ٢٦٢ (قضية الدين السالم) . ومع ذلك أصدرت محكمة استئنافية الكلية المختطة في ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل في أعمال الولاية وذلك في جميع أحكامه ورتبت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلاً (أُنظر في هذا الحكم وفي غيره من أحكام أخرى نظرية العقد للوفات من ٥١٥ حاشية رقم ١) .

ذلك النوع من الاتفاقات ، عملاً بنص الرسوم المذكور وروحه ، ولتحلها بما اقتضته وتقتضيه مصلحة البلاد العامة (١) .

ويتبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراده المشرع أن يكون قانوناً تقيدياً

(١) وقد ورد في صدر المذكرة الإيضاحية تخيد للأحكام المصرية التي هفتي بالتمييز بين العائلات الداخلية والعائلات الخارجية تنقل فيما يلي : « اتفق لبعض الأحكام في سبقي بحثها في تطبيق مرسوم » أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية (تلك التي تنقل) ويمكن الوفاء بها في القطر المصري) أن تدير — عرماً ودون أن تخم الحليل على رأيها — لكي أن أحكام ذلك المرسوم لا تنسرى على الاتفاقات ذات الصلة الدولية . وذهبت أحكام أخرى في دعاوى قائمة بالثبات على هذا النوع الأخير من الاتفاقات لكي أن مدى تطبيق الرسوم المذكور لا يتعدى حدود القطر المصري ، ولكي أنه إذا صرح تطبيقه على أحوال الوفاء داخل القطر فإنه لا يفي للمدين حيث يكون الوفاء في الخارج من دفع دينه ذهباً . ومن أجل ذلك تنسرك تلك الأحكام أن يكون لأوراق النكوت سعر رسمي إلزامي حتى في داخل القطر المصري لهذا كان الوفاء تنفيذاً للاتفاقات ذات صفة دولية لأن في ذلك إضراراً جلياً بالمدينين الذين يتخضون ديونهم في القاهرة أو في الإسكندرية ، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة في المعاملة بين المدينين . وواضح أن الأحكام المشار إليها تستند التمييز بين فصوص الاتفاقات من القضاء الفرنسي ، وإنما جاز ذلك التمييز في فرنسا لعدم وجود حكم تقيدي يفضي بطلان شرط الدفع ذهباً بطلان هذا الشرط لم ينتج إلا من أن أوراق النكوت جعل لها سعر إلزامي لكي جانب سعرها الرسمي ، فكان للسماح بطلان الحرية في تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً مستوحاة في ذلك أسباب النظام المالي القومي وحدها . ورغم من الحملات المتكررة التي حلها بعض القضاة على أحكام القضاء في هذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة في الحكم بطلان شرط الدفع ذهباً في الاتفاقات الداخلية ، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للاتفاقات ذات الصلة الدولية . وقد حاولت المحاكم الفرنسية أول الأمر (راجع حكم محكمة النقض والإيرالم الصادر في ٢ يونيو سنة ١٩٢٠) اعتبار شرط الدفع ذهباً باطلاً إذا كان المدين فرنسويًا وصحياً حيث يكون من شأن وفاة الأجنبي بدينه دخول الذهب في فرنسا . ولكنها انتهت إلى اعتقاد صحة شرط الدفع ذهباً في العقود ذات الصلة الدولية إطلاقاً . ويرى بعض الصراح أن المذهب الأخير لا يخضع عن المذهب الأول في تحقيق المصالح القومية إذ كانت فرنسا حاملة لبلاد الأجنبية غير مدنية . وقد أيد قانون تثبيت النقد الصادر في سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية الشروط منها ذهباً بقيمة الفرنك الجديد . ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء . على أنه بالرغم مما قضاه المحاكم الفرنسية من قوة السند والمجبة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء (ولم يحاول أحد بناءهما على أساس قانوني - مبدول) غير سليمة في جميع البلاد . فالقانون الإنجليزي الثلاث التي ظفرت في دعوى شركة « تعاون الجيوليت العجيكية للسكر » هفتت امتثال منها (المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية) بطلان شرط الدفع ذهباً ، وقضى مجلس اللوردات صحة الشرط المذكور ، دون أن يجعل أي تلك الأحكام الثلاثة لقصة الدولية للاتفاق أي شأن فيما ذهب إليه من الصحة أو البطلان ، ثم إن قانون النقد الإنجليزي يتطابق على وتيرة واحدة في العقود الداخلية والدولية . وفي إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون في أول مايو سنة ١٨٦٦ يفضي على الحكومة وأفراد يقبل التعامل بأوراق النكوت (وكان لها سعر إلزامي) بتمتعها بالإسما كما لو كان لها نفس القيمة الحقيقية للسكرات ولو نس النقد على خلاف ذلك . وظل ذلك القانون ممولاً حتى سنة ١٨٨١ ، ولم تكن محاكم إيطاليا تفرق في تطبيق هذا القانون بين العقود تعالونها بأنها داخلية أو دولية ، وكانت تفضي بطلان ما تضمنت الاتفاقات الدولية من

يسرى على الماضي . وهو يتضمن النص الآتي : « تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنهات المصرية أو الأسترالية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر (الفرنك والجنه التركي) ، ولا يترتب عليها أى أثر . ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو الطراف أو الطيفون » .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١) .

ولا يزال هذا القانون سارياً إلى اليوم ، لأن القانون الملغى الجديد لم يعرض لهذه المسألة ، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة (٢) . وقانون سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذى لا يزال قائماً والذي يرجع إليه في بطلان شرط الذهب ، دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية .

== شروط الدفع ذهباً . وفي مصر يحكى نظام أوراق البنكنوت من حيث سرها الرسمى والإلزامى ما هو حاصل في وقتنا هذا بأمريكا وبين سنتي ١٨٦٦ و ١٨٨١ في إيطاليا . ذلك أنه يوجد نص مصرى لا يحتل أى خرفة بين العقود التى يسرى عليها حكمه ... « (مجموعة القوانين والراسم والأوامر الملكية لسنة ١٩٣٥ ص ١٧٣ - ص ١٧٥) .

(١) عمكة الاستئناف المخططة في ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١٢٤ . وقد قضت هذه المحكمة في حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والصروط المائة في عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الصروط الأخرى التى اتفق عليها المتعاقدان وثلاث عندما يراد ناسخاً في صيد طريقة وفاة الذين ومواعيد الوفاء والقوائد وغير ذلك . وحيث يكون شرط الذهب متبوعاً فإنه يكون باطلاً سواء كان مصرى أو أجنبياً ، فيكون إذن باطلاً كل شرط — أياً كانت صورته — أملاًه اعتبار يرجع لعدم الثقة في الملة الوطنية ، وخلاصة الصروط التى يخبر محتضاهما المتعاقد بين أنواع الملة وشروط الدفع بملة أجنبية . وأن الرسوم بقانون رقم ٤ لسنة ١٩٣٥ تذهب على وجه فلع التمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية . وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه في عقد فريض باطلاً ، فإنه لا يجوز للعاقد أن يطلب على أساس المسئولية التضمية ويدعوى الفسخ معاً بلاى ما يفسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فإن ذلك يكون تخالفاً له للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستعمل الحصول عليه بطريق مباشر يقتضى شرط ذهب — ومع ذلك قضت عمكة الاستئناف المخططة في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بملة أجنبية صح العقد ، ووجب الدفع بهذه الملة : ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ م ٣ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (نقرة ٢٢٥ في الملمش) أن المشروع التيميدى تضمن نصاً (١٨٧م) يحرم شرط الذهب ولكن يبيح في الوقت ذاته شرط الوفاء بتعود أجنبية محسوبة بسر قطمها . وقد حذف النص في المشروع التيميدى لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص . وكانت مزية هذا النص أنه يحسم الخلاف في صحة شرط الوفاء بتعود أجنبية محسوبة بسر قطمها . والآن وقد حذف النص فإن الخلاف في صحة هذا الشرط يبقى قائماً ، وقد رأينا تضارب أحكام القضاء المخطط في هذه المسألة .

المبحث الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

(dans le commerce)

(النظام العام والآداب)

٢٢٧ - متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه : يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه ، فلا يصلح أن يكون محلاً للالتزام ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأتي ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .
فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً لتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة () .
وقد يصبح التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحصرها المصور (الفوتوغرافي) ، والهواء يستعمله الكيماوي في أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للامتلاك . فبعد ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له . فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هنا يتناقض مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف ، يحمل ربه سلسلة من المستفيدين ، يقتضي ألا يجوز التصرف فيه ما دام قائماً . وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار ، كما في شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو كابينات على شواطئ البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره . والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع

(١) أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا ملك له ، فهو مال باع ، كالطير في الهواء والسك في البحر ، وملكه من يتولى عليه ويتطوع أن يتعامل فيه .

إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتناقى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتناقى معه فهو جائز .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو لآداب . على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشيء يكون مبنيًا على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فإورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو لآداب أولها معاً . ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . أو هو إيضاح فى مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض ، كالنص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلية . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تعديله ، كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الخشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن إن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب . سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد . وتقرر المادة ١٣٥ من القانون المدنى الجديد هذه القاعدة العامة فى العبارات الآتية : وإذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً (١) . فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام ، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام . وهذا ما نتولى الآن بحثه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٨ من المشروع التمهيدي على النحو الآتى :

« يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب » . وفى لجنة للرجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضى بإطلاق القد ، فأصبح مماثلاً للنص الذى انتهى إليه القانون الجديد ، وقدم فى المشروع النهائى تحت رقم ١٣٩ . ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ٢٨٠ . ثم وافقت عليه لجنة القانون الذى يجلس الشيخ تحت رقم ١٣٥ ، وكفكف وافق عليه مجلس الشيخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤) .

٢٢٨ - النظام العام والآداب^(*) L'ordre public et les bonnes moeurs

القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتطو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم ، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة . ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية ، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونها ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً ، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد ، وتتولى حماية الضعيف ضد القوى . بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه ، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال . ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى ، فهو شيء متغير : يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة « مصلحة عامة » . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان . لأن النظام العام شيء نسبي . وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار « المصلحة العامة » : وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى (١) .

(*) ينسب للرابع : بلوتن (Bartın) في الشروط المستقلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب - سافاتييه (Savatiur) آثار الواجب الأدبي وجزاؤه (رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦) - ماريون (Marmion) في قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) - ريبير (Ripert) في القاعدة الخلقية في الالتزامات - تشاندلروف (Chandlaroff) في الآداب (رسالتين تولوز سنة ١٩٢٧) .

(١) وقد جاء في المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً . وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد الفقيه الألمان إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨ . فعلى أثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشتاج انتهى الأمر إلى استبعاد تصور مختلفة جاء فيها ذكر العهد المخالف للآداب والنظام العام كذلك . وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تطوى على فكرة عامة مجردة قد ترتب عليها نتائج بالغة المألوفة ، من بينها أن القاضي ربما أبلغ نفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنها على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التنمير =

والآداب ، في أمة معينة وفي جيل معين ، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لتاموس أدنى يسود علاقتهم الاجتماعية. وهذا التاموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدين أثر كبير في تكييفه . وكلما اقترب الدين من الحضارة : كلما ارتفع المعيار الخلقى ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف التاموس الأدبي كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك ، بل في الصميم منه ، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد التاموس الأدبي الذى تخضع الناس له ، ولو لم يأمرهم القانون بذلك . ومعيار الآداب أو التاموس الأدبي ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقليده الذاتى ، بل هو معيار اجتماعى يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس . وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت ، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالاسترقاق وإدخال المهرجات في بلاد أجنبية ، وكانت

== الخاتمة أو غلرأيه الخاسر في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الأدبية . وقد عان الخبز الاشتراكي بكأ قوته عن النص للقرر لفكرة النظام العلم . وكان يرى من ذلك إلى اعتبار كل عند لا يتفق ومبادئ . حماية الطبقة العاملة مخالفاً لنظام العلم . على أن هذه النتائج ينشأ هي التي جعلت غالبية أعضاء الرشتاج تنفر من النص للقرر لنظام العلم . ومن كل معيار نظري ، وترغب في وضع معيار عمل يمت قوله العرف والمبادئ . المستقاة من الآداب العامة . وعلى هذا النحو لا تكون الاغلاط التي أشار إليها الخبز الاشتراكي لمصلحة طبقاً لفضب من المناصب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الإجماعى للآداب العامة (تعليقات على التفتين الأتاني الجزء الأول ص ١٥٤ - ص ١٥٥) . ومها يمكن من أمر فليس في الوسم نذ فكرة النظام العلم دون أن يستج ذلك المراح ما ته ند واستقر من التقاليد . وقد رؤى من الواجب أن يرد مكان هذه الفكرة في نصوص الصروع لفضل متفقاً رئيسياً تجده من التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانونى ليت فيه ما يعوزه من عناصر الجمدة والحياة . بيد أنه يخلق بخلصى أن يصر من إحلال آرائه الخاصة في العمل الاجتماعى على ذلك التيار الجلم لنظام العلم أو الآداب . فالواجب يتضبه أن يضيق مذهباً علمياً تعين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً . (مجموعة الأعمال الحضيرية ٢ ص ٢٢٣) .

من قبل غير ذلك^(١) .

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تنخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والحلقية ، فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتعمله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والحلقية فى الجبل والبيئة . وتنع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضى يفسره التفسير الملائم لروح عصره ، فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعاً فى هذه الدائرة المرة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة^(٢) . ونحن فى العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثير القانون المضطرب بالعوامل الحلقية ، حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغفلل الروح الاشتراكية والروح الحلقية فى القانون (socialisation et moralisation du droit)^(٣) . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب ، فتبعثان فيما الحصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

- (أولاً) فكرة المعيار . فمقياس النظام العام هو المصلحة العامة ، ومقياس الآداب هو التاموس الأدبى ، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .
- (ثانياً) فكرة النسبية ، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة ، وفى جيل معين .

(١) وقد يستعين القانون على جبل القواعد الحلقية تنخل فى الروابط القانونية من طريق الأعراف الطبيعى . فالاعتراف بالجبل قاعدة خلفية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا نكرها منه بل اعترافاً بمجمل عليه ، فالقانون يمد هذا وقاه لالأمر الطبيعى وليس تبعاً . فالقانون إذن قد ينبى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الأخلاق الخالف للآداب ملالاً . وقد يأمر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذى تأمر به التزاماً طبيعياً فى ذمة المدن .

(٢) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تندر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لمراقبة محكمة القضاء .

(٣) وبما هو جدر به ذكر أنه حيث تنسع دائرة النظام العام يضيق بمبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب .

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك ، فتستعرض اتفاقات تخالف النظام العام ، وأخرى تخالف الآداب ، في عصرنا الحاضر .

المطلب الأول

الاتفاقات التي تخالف النظام العام

٢٢٩ - روابط القانون العام وروابط القانون الخاص : حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع ، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص ، ولا يقتصر على دائرة القانون العام . وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية ، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك . وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام ، فن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها .

§ ١ - روابط القانون العام

٢٣٠ - أنواع هذه الروابط : القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض . وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية .

ويشمل القانون العام فيما يشمله : (١) القواعد الدستورية والحريات العامة . (٢) النظم الإدارية والمالية . (٣) النظام القضائي . (٤) القوانين الجنائية . ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع .

٢٣١ - القواعد الدستورية والحريات العامة : القاعدة الدستورية

التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام ، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل ، كما لا يجوز

لتأخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته ، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام . كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تعرض على الهيئة التي ينتمي إليها ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يجعل صوته لرأى معين ، كما لا يجوز له النزول عن عضويته .

والحريات العامة التي قررها الدستور هي أيضاً من النظام العام ، وذلك كالحرية الشخصية ، وما يتفرع عنها من حرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرمة النفس والحرمة الأدبية ، وحرية الدين والاعتقاد ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة .

فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدم ، فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من القانون المدني الجديد) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه « لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية . ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون » . ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك ، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوي لهذا التعهد . وفي الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العملي .

وحرية الزواج من النظام العام . فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً ، كان هذا التعهد في الأصل باطلاً ، كما إذا تعهدت امرأة لخليها السابق ألا تتزوج أصلاً . ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته . وإذا كان

التمهيد صحيحاً ، فلا يكون جزء الإخلال به بطلان الزواج ، بل يدفع التمهيد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه ، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان التمهيد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذي رتب له . وإذا تمهد شخص بأن يتزوج من شخص معين ، فهو غير مقيد بتمهده ، ويجوز له الدلول عن هذه الخطبة أو عن هذا التمهيد . ولا يكون مبنولاً بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأً .

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلاً كل اتفاق يتمهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة ، كالاتفاق على المباراة أو الملاكمة أو المصارعة . وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها . وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه .

ويكون باطلاً كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ، وكل اتفاق يقيد الشخص بقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره . في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تمهيد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضمّاً إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبيح بعيداً عن النقابات (١) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٧٤٧ وسيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٧ مع تعليق بلكاز - أظن في هذه السلسلة بلانول وريميه وإسمان ١ فترة ٢٤٨ .

وليكمل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة . ولا يجوز أن يجرم شخص من طئه الحرية ولو رضى بهذا المرحلون . وأكثر ما ترد القيود الاختلافية على حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل . فإذا باع صاحب المتجر متجره ، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصى بمقتضى عقد البيع ذاته . ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر يتزع به عملاء المتجر القديم ، وإلا كان متعرضاً للمشتري ووجب الضمان . ولكن المشتري لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذى يقرره القانون ، بل يشترط في عقد البيع أنه يكف البائع عن العمل في هذا النوع من التجارة . كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستجمله في عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول ، فيأمن بذلك على أسرار الصنعة أن يستغلها العامل في منافسته بهذا أن يكون قد أتم بها عنده . فإذا تعهد شخص بالأى يصل في تجارة معينة يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حرية في التجارة والعمل . وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان ، كأن يتعهد الشخص بأن يتمتع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحاً (١) . ثم بدأ ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجارئة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون القرار في الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان أولاً بتقيد ، بل المهم أن

(١) محكمة التنى الفرنسية في ٢ يولية سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠٤ - ١ - ١٧٥ - حكم ثان في ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ سيرة ١٩٠٤ - ١ - ٤٤٤ - حكم ثالث في ١٥ يولية سنة ١٩٢٢ سيرة ١٩٢٢ - ١ - ٢٠٠ .
وانظر محكمة بصر السككية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المبسوة الرسية ١٣ رقم ١٢٠ - ٢٥٠ - محكمة بنى سويت في ٢٣ أبريل سنة ١٩١٣ المبسوة الرسية ١٤ رقم ٢٥ م ١٨٤ - محكمة مصر السككية الوطنية في ٢١ يولية سنة ١٩٢٠ المحلطة ١١ رقم ٣١٥ - ٦٥٥ . محكمة الاستئناف المصطفية في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ م ٤٦ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٢٤ م ٤٤ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٤٥ م ١٥٦ .

يكون التمهيد معقولا (raisonnable) لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التمهيد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التمهيد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان ، ويكون التمهيد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان . فالعبارة إذن بمقولية التمهيد لا بتقييده (١) . وقد جاء القانون المدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن ، فاشتراط لصحة القيد أن يكون مقصوداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على التقليل الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م ٦٨٦) ، وإذا اتفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغته تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في قطعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط علم المنافسة في جملة (م ٦٨٧) (٢) .

٢٢٣ - **النظم الإدارية والمالية** : كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة ، فهي إذن من النظام العام . ولا يجوز للأفراد ، باتفاقات خاصة ، أن يمارضوا تحقيق هذه المصلحة . فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر ، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون عملاً لتصرف ما .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩١١ سيرة ١٩١٣ - ١ - ٢٥٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٠ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جلزت ٢٠ ص ١٦٢ رقم ١٤٦ - محكمة مصر للكلية الوطنية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحللة ٢٩ رقم ٤٢٩ ص ٧٩٠ .

وانظر في هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية في القيود العاقبة الواردة على حرية العمل - ليون سنة ١٩٢٥ - وانظر أيضاً لآبان (Laplanche) في القيود الاخلاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والسر في القضاء الفرنسي - تولوز سنة ١٩٢٨ .

(٢) والسكن الصرف في السلام يجوز على النحو الآتي : يصعد طبيب مثلاً ألا يباشر مهنة الطب في جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد - وهو الثاني في هذا التمهيد - لسمائه على احضار أ « خليفة » ، ويصحب هذا التمهيد في الطالب تنزل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المسكن انتهى جبل فيه « عيادة » . (انظر في هذه المسألة نظرية العقد للوفات ص ٥٠٣ ملحق رقم ٢) .

كذلك لا يجوز للموظف أن يشهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته ، سواء رى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها . وكل عقد يرى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً ، يكون عقداً باطلاً لخالفته النظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف ، فكل وسيط يبدل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحم التزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقد باطلاً . فالتعاقد الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو «مقابلة» يرسو العطاء عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لخالفته النظام العام (١) . كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه بل إن هناك من المهن ، كالطب والحاماة ، ما ينظم تنظيمًا إدارياً ، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة (٢) .

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تتخط رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد ، ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصورى المكتوب . ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملتزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون . لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثانی بدفع الضريبة المقررة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة . ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر ، إذا كان هو مالك العين ، ملتزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ س ٢٥٥ (المرسوم الصادر على رتبة أو نيشان) — وانظر أيضاً في المقتضات محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ الحقوق ٦ س ١٧٩ — المجلوعة الرسمية ٣ رقم ٢ / ٨٥ .

(٢) فلا يجوز للمدان أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكله ومؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السوسة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع مريض على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيد ليقتنوا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل . ولا يجوز للطبيب أن يأخذ في مقابل «أنايه» جزءاً من الحق للتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لثقت الموكل .

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم التقدير والعملة تعتبر من النظام العام، وأن شرط الدفع بالنهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

٢٣٣ - النظام القضائي : نظم التقاضي تحقق في مجموعها ومصلحة عامة ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فمحدد اختصاص المحاكم - فيما عدا الاختصاص المحلي - يعتبر من النظام العام . ولا يجوز الخصوم أن يصفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي ، فيرفضوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية . أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية . وقد كان قانون المرافعات الوطني القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظام العام .

وقابلية الحكم للعلن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يصفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري ، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة (٢) .

٢٣٤ - القوانين الجنائية : ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة ، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام . فيعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . وبعد باطلا أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسئولية جنائية ، والاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون ، كأن

(١) انظر آخراًقرة ٢٢٦ .

(٢) أنظر قواعد الإثبات وحل مجرمين النظام العام . نظرياًلقد للوثق ققرة ١٨٧ ص ٥٠٧ - ص ٥١٠ .

يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاة المدين بدئته بتبديداً ، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبيئة على سبيل الحصر (١) .

٢٤ - روابط القانون الخاص

٢٣٥ - **الأحوال الشخصية والمعاملات المالية** : هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية ، أو داخلة في دائرة المعاملات المالية .

٢٣٦ - **الأحوال الشخصية** : كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك . بل إن القانون المدني الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق اللازمة للشخصية من أن يعتدى عليها . فنصت المادة ٥٠ على أنه : لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق اللازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . ونصت المادة ٥١ على أنه : لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز الزول عنه ويحمه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام . فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من القانون المدني الجديد على أنه : وليس لأحد الزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها . وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

(١) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشتري - في البيع بالتقسيط - على أن يسما البيع إجمالاً حتى تتوافر أركان جريعة التبديد .

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقاً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج ، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن يزل عن حقه في الطلاق (١) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فلا بد حتى تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً بإختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلاً . والنفقات يختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفرع والنفقة ما بين ذوى الأرحام ، تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من يجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجملة بعد تجملها .

٢٢٧ - المعاصم المالية : ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد ، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية .

فن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بقل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز أن يقتيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

(١) أما إذا تمهد الزوج بتعيين زوجته إذا طلقها ، فليس في ذلك عائق لأحكام الفريضة ولا لنظام الدم . لكن هذا التمهيد ينتهي الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أنه هي انظره إلى ذلك (نص مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ من ٨٥) . وكيف التمهيد بأنه الالتزام أصل مطلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

(م ٨٣٤ من القانون المدني الجديد) ، لأن الشيوخ بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف ماقرره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعطيل الشروط التصفية أو الإعفاء منها ، و يضع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م ١٢٩ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إقاص الالتزام المرهق في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجرائي (م ٢٢٤ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سر للفائدة أعلى من السر الذي يسمح بالقانون (م ٢٢٧ من القانون المدني الجديد) .

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق المبنية ، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق المبنية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسئولية عن الغش الذي يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثاني

الاتفاقات التي تخالف الآداب

٢٣٨ - **المعوقات الجنسية** : كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . كذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه ، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات ، أو العوده إليها إذا كانت قد انقطعت .

أما إذا كان المال الذي يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التمويل لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبعى .

٢٣٩ - **بيوت المهارة** : وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت المهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إدارى . فيجوز بيع بيوت المهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه ؛ وإنشاء شركة لاستغلاله . وإقراض مال للإعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب . وسرى عند الكلام فى السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للمهارة وقت صدورهما ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للمهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث .

٢٤٠ - **المقامرة** : ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب ، ولئن خسر أن يسترد ما دفعه فى خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٧٣٩) من القانون المدنى الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذى يقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه ، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصب (م ٧٤٠ من القانون المدنى الجديد) . ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء فى ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل فى هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب فى هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا فى بيوت المهارة .

٢٤١ - **أصالة أخرى للمخالفات لمؤدب** : ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف . فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً ،

كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر ، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك . ولا يجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب النعمة في التعامل . فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلاً لأنه مخالف للآداب . وكان القضاء الفرنسي يطل الاتفاق الذى يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالمثاقبة (*claque*) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح ، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك ، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن المثاقبة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين . ولا يعد باطلاً اتفاق أحد النسابة (*généalogiste*) مع وارث على أن يكشف له عن نسه ليحصل على ميراث يستحقه ، مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه ، بل كشف له عن سر حقيقى كان يحمله .

الفريق الثالث

السبب (٠)

(*La Cause*)

٢٤٢ - السبب عنصر مميز عن الإرادة ولكنه متوازن معها :

نعرف السبب تعريفاً أولاً بأنه هو الفرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه

(*) مضى المراجع : كايان : السبب في الالتزامات - لوى لوكا (*Louis Lucas*) التبن

والفقد - جوران : الباعث في الأعمال القانونية - ريبه : القاعدة الحقيقية للالتزامات - دمج في الالتزامات جزء ٢ - شكارز ملحق بودوى جزء ٢ - دراسات كايان : سيمونيوس (*Simonius*) في السبب في القانون السويسرى ٧٥٣ - فان كان (*Van Kan*) أصل الالتزام دون سبب في القانون الدنى من ٨٧٥ - نظرية العقد للمؤلف من فترة ٥٠٧ - الذكور بهجت بدوى من فترة ١٠٠ - الذكور حشمت أبوسيت من فترة ٢٢٠ - انرسائل والفتاات : أرتير (*Artur*) باريس سنة ١٨٧٨ - برينو (*Brimaud*) سنة ١٨٧٩ - تبال (*Timbal*) تولوز سنة ١٨٨٢ - كولان (*Colin*) باريس سنة ١٨٩١ - سيفريادر (*Séfériadés*) باريس سنة ١٨٩٧ - بلغلا (*Plunila*) باريس سنة ١٩١٠ - بيئون (*Pichon*) باريس سنة ١٩١١ - ساميه (*Savater*) بواتيه سنة ١٩١٦ - ديريل (*Dubreuil*) ليون سنة ١٩١٩ - لوى لوكا (*Louis Lucas*) ديجون سنة ١٩١٨ - دلبان (*Dabin*) بروكل سنة ١٩١٩ =

من وراء التزامه . والفرق بينه وبين الحل - كما يقال عادة - هو أن الحل جواب من يسأل : بماذا التزم المدين (*Quid debetur*) ، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين (*Cur debetur*) (١) .

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدي إذ الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الفرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة . والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الفرض المباشر الذي انجذبت إليه الإرادة . فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن الإرادة . ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب ، أي دون أن ترى إلى غرض تهدف لتحقيقه ، لذلك كان السبب ، وإن تميز عن الإرادة ، متصلاً بها أوثق الاتصال . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب . ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعي ، كإرادة المجنون . ولكننا رأينا أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعي وتميز ، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب .

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة . ولكن الركنين متلازمان ، لا ينفك أحدهما عن الآخر (٢) .

= ومقال له في المصارف الحديثة نظرية السبب في الالتزامات في بنجيكا القضائية سنة ١٩٢٩ - موري (Maurry) تولوز سنة ١٩٢٠ - هامل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ - يونسكو (Jonasco) باريس سنة ١٩٢٣ ، ومقال في مجلة القانون المدني الإقليمية سنة ١٩٣١ - سيليس (Célion) باريس سنة ١٩٢٣ - كاسان في مجلة القانون التجاري السنوية سنة ١٩٢٣ - ماكرون (Macquarion) باريس ١٩٢٥ - شيفريه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ - برس (Brousse) في السبب في القانون الإنجليزي ديمون سنة ١٩٢٩ - رينو (Ronaud) باريس ١٩٣٠ - فيدل (Fidel) في السبب في القانون الإداري تولوز سنة ١٩٣٤ - بواجيران (Buis Juzan) بورديو ١٩٣٩ - الأستاذ عبد الحميد رشدي مقال في المحاماة السنة العاشرة - الأستاذ نصيف زكي مقال في المحاماة السنة الحادية عشرة .

(١) وأول من قال بهذه الفارقة الشهيرة بين الحل والسبب هو الأستاذ أودو (Aubry) ، ثم تلتها عنه كثير من الفقهاء : أوبري ورو ٤ ص ٥٤٦ ، هلمش رقم ٢ - هيك ٧ ص ٧٥ - ديمولوب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفقرة ٣٥١ - لوران ١٦ فقرة ١٠٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفقرة ٣٠٢ - ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٧٩ .
(٢) أنظر آتاً فقرة ٦٨ .

٢٤٣ - السبب والإرادة معياره متعزله ، ولكن السبب

والشكل معياره متعارضان : وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية : كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد ، وضعف حظ الشكل ، زادت أهمية السبب . ذلك لأن الإرادة : من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية ، إذا انطلقت من قيود الشكل ، وجب أن تنقيد بالسبب . وعند ما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذى يكون العقد ، لم يكن للسبب من أثر . وبدأ السبب في الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متلحجة من قيود الشكل . وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب ، إلى أن تم تحريرها ، فوجدت نظرية السبب كاملة محل محل الشكل .

ونرى ما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب ، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب . هكذا كانت الحال في القانون الرومانى : فقد بدأ هذا القانون شكلياً ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلاً من الشكل . وهكذا كانت الحال في القانون الفرنسى القديم : فإن السبب لم يكده يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية في العقود . فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تسيطر ، وبرز قوياً ليعطى الإرادة بقيود محل محل قيود الشكل . وهكذا هي الحال في القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تتعلم ، فأبنت نظرية السبب وتطورت ، بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت في القانون الكنسى ، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلى في الانتفاص من سلطان السبب .

٢٤٤ - معرفة السبب بالمشروعية ويعيوب الإرادة : منذ تحررت

الإرادة من الشكل ، حاطها السبب بقيود على ما قلنا . وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية وفي صورة السبب المشروع . فالإرادة حتى تنجح أثرها يجب أن تنجح إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب ، وذلك حماية للمجتمع . ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول ، فصارت تحمى التعاقد نفسه من هزله ونسبائه

ومما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه . وهكذا بعد أن تهررت الإرادة من الشككية أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب . وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع ، أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعاً .

ولعل أول صورة تمثلت لعيوب الإرادة انطبعت في نظرية السبب . ثم أخذت عيوب الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً ، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب . فانفصل الإكراه ، ثم انفصل التدليس . وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط في منطقة مشتركة ، هي منطقة السبب المخلوط أو الغلط في السبب . وقد أتم القانون المدني الجديد هذا التطور ، ففصل بين الغلط والسبب فصلاً تاماً . وأصبح السبب في هذا القانون مقصوراً على السبب المشروع . وهذه الدائرة المحدودة - دائرة السبب المشروع - هي الدائرة الأولى التي نشأ فيها السبب عندما بدأ يظهر في القانون الكنسي . وبذلك رجع السبب سيرته الأولى ، وعاد كما بدا .

٢٤٥ - تطور العقد من عقد شكلي إلى عقد رضائي صبي إلى

عقد رضائي مجرد : وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى . فسيقرنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قلنا . ثم تطور إلى عقد رضائي (contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر . ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد السبب إلا أثر غير مباشر . وسرى أن القانون المصري الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته ، ولم يسر في ذلك على نهج القوانين الجرمانية ، بل حرص على أن يبقى في دائرة القوانين اللاتينية ، حيث لا يزال العقد رضائياً ، وحيث تشغل نظرية السبب في العقد المكان البارز ، وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا في دائرة محدودة ضيقة .

٢٤٦ - خط البحث في نظرية السبب : ونستعرض نظرية السبب في

مبحثين ، نتعقب في المبحث الأول منها كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت ، ونبسط في المبحث الثاني نظرية السبب في القانون الحديث .

المبحث الأول

كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ - القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم : في هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب . ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب . وسنرى أن القانون الروماني ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية . وقد نبئت النظرية ثم ترعرعت منذ عررت الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي كما قدمنا . وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير طبيعتها ، وانقلبت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية . وبقيت كذلك عهداً طويلاً . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث ، ضعيفة الأثر ، قليلة الجدوى . وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جلتها في العهد الأخير ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية .

المطلب الأول

نظرية السبب في القانون الروماني

§ ١ - العهد القديم

٢٤٨ - العقود كانت شكلية فلم يكن للسبب فيها أي أثر : كانت العقود في العهد القديم للقانون الروماني شكلية . فكان العقد يتعقد بأوضاع وأشكال خاصة ، ولم يكن للإرادة أي دخل في تكوينه . وكانت العقود الشكلية ثلاثة : عقد يتم بوزن صوري (nexum) ، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي (litteris) ويتم بكتابة على نحو خاص ، والعقد اللفظي (verbis) ويتم بألفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً بالذات ، بل كانت قوالب تصب فيها العقود . فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه

الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها «السبب المدني» (*causa civilis*). فهي ليست سبباً للالتزام العقدي على النحو المعروف في القانون الحديث ، بل هي سبب لانعقاد العقد ، أو هي الشكل القانوني الذي يحيل العقد يتكون (١) . وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد ، وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده . فهو ضروري لأن العقد بدون لا ينعقد . وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء قامت بإرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم ؛ وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة ، وسواء انجذبت إلى غرض مشروع أو غرض غير مشروع . فالشكل وحده ، لا الإرادة ، هو الذي يوجد العقد . ومن ثم يبين أن السبب في هذه العقود الشكلية لم يكن له أي أثر في تكوين العقد ، سواء وجد أو لم يوجد ، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع ، فإنه لا شأن له بالعقد ، مثله في ذلك مثل الإرادة . ومتى توافر للعقد شكله القانوني انعقد ، دون نظر إلى الإرادة ، ودون نظر إلى السبب .

٢٤٩ - وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب

فيها أي أثر: وكما كانت العقود في العهد القديم شكلية مجردة عن السبب ، كذلك كانت طرق نقل الملكية . فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد . بل كان العقد يتلوه وضع خاص هو الذي ينقل الملكية . وكانت هذه الأوضاع هي أيضاً ثلاثة : وضع يتم بأشكال عتيقة (*mancipatio*) ، ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء (*in jure cessio*) ، ووضع مادي يتم بالتسليم (*traditio*) . وأي وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به للملكية ، دون نظر إلى السبب الذي انتقلت من أجله كبيع أو هبة أو شركة . فإذا باع شخص من آخر شيئاً ، وتم وضع من هذه الأوضاع الثلاثة ينقل به البائع ملكية المبيع إلى المشتري ، انتقلت الملكية ، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم ، ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب .

(١) لم يقتصر «السبب المدني» (*causa civilis*) في القانون الروماني على العقود الشكلية ، بل كان يوجه عام هو المصدر القانوني الذي يكون العقد ويضفي عليه قوته للزمة . ومن ثم يكون «السبب المدني» للعقد الشكلية هو الشكل ، والعقد البينة هو تسليم الشيء ، والعقود الرضائية هو مجرد الاتفاق ، والعقود غير الرضائية هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا .

٢٥ - العهد اللدوسي

٢٥٠ - افتتار أكثر العقود الشكلية : تطور القانون الروماني بالتشاور التجارة وتقدم طرق التعامل ، فاختفت أكثر العقود الشكلية . اختفى عقد الوزن الصوري (nexum) بزوال الفائدة التي كان يولها ، وهي دعوى من دعاوى الرومان القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين (manus injectio) . واختفى العقد الكتابي (litteris) باختفاء السجلات الخاصة التي كان هذا العقد يدون فيها ، وكان الرومان قبلاً يحتفظون بها ، ثم أخذوا بهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت ، فانقرض باقراضها العقد الكتابي . ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظي (verbis, stipulatio) لسهولة النسيب وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلي .

٢٥١ - برء ظهور السبب في العقد اللفظي : على أن العقد اللفظي مع بقائه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الروماني من أن يتأثر بفكرة السبب . تأثر بها تأثيراً غير مباشر في ناحيتين ، ثم تأثر بها تأثيراً مباشراً في ناحية ثالثة . فإذا كان العقد اللفظي سيه غير موجود أو غير مشروع ، فإن العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر في القانون الحديث ، بل كان العقد يبقى صحيحاً ، ولكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني (condictiones sine causa) يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب أو بسبب غير مشروع . وهذه الدعوى قد يلجأ إليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن . فهو إذا لجأ إليها كدفع يستطيع أن يتوقى مطالبة الدائن له بالترام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع . وإذا لجأ إليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام ، أو أن يتخلص من الالتزام ذاته إذا لم يكن قد وفى به . وسرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه (١) . ويلاحظ أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الروماني المدني (Jus civile) .

(١) ومن ثم كان أول مظهر لفكرة السبب في تطورهما مظهر اتخذت فيه صورة الإثراء بلا سبب ، على فرق ما بين معنى «السبب» في المالين .

أما القانون البريطوري (droit prétorien) فقد جعل المدين في الحالة المتقدمة دفعاً هو الدفع بالنش (exceptio doli) يستطيع به أن يتوق مطالبة الدائن ، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من التزامه أو لاسترداد ما دفع .

هاتان هما الناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظي بفكرة السبب تأثراً غير مباشر . وقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تبرز العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً بأن تمنع نفاذه ، بل بقي العقد صحيحاً نافذاً . ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب ، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ ، عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع .

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظي بفكرة السبب تأثراً مباشراً كما أسلفنا القول . وقد كان ذلك في ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود . فقد جرت العادة في القانون الروماني بأن يتعهد المقرض برد القرض بعقد لفظي : ثم يعقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظي بدلاً من الضو به ، وذلك قبل أن يتسلم مبلغ القرض . فهو قد التزم قبل أن يتسلم شيئاً ، والالتزام صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب . فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد : فعليه هو أن يثبت أنه لم يتسلم شيئاً حتى يلتزم برده ، ولا يكلف المقرض بإثبات السبب . وكان من وراء ذلك أن تصف المقرضون بالمقرضين : إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد : ويقع عليهم مع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام . فأدخل قانون إمبراطوري (constitution impériale) تعديلاً في هذه الأحكام يقضي بأنه إذا التزم المقرض ، واعترف كتابة أنه تسلم مبلغ القرض ، فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم في الواقع شيئاً (querela non numeratae pecuniae) ، وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقرض قد تسلم القرض . ومعنى هذا أن الدائن في هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام ، وإلا كان العقد غير نافذ . ومن هنا دخلت فكرة السبب في العقد اللفظي عن طريق مباشر : فانهل السبب يمنع نفاذ العقد ، ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد

أن يصير العقد نافذاً (١) .
ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب في العقد
اللفظي . فإن السبب لم يرق على أساس تقصى متعل بإرادة المتعاقد ، بل
قام على أساس موضوعي لا صلة له بهذه الإرادة . فهو قد قام على واقعة
أن المقرض لم يتسلم القرض ، وأن المدالة تقضى في هذه الحالة ألا يلزم
بشيء نحو المقرض . فالسبب هنا كالسبب في القرضين السابقين - دعوى
الاسترداد والدفع بالنفس - إنما قام على اعتبارات تتصل بالمدالة لا بالإرادة .
وبقيت الشككية في العقد اللفظي ماثمة من ظهور السبب متصلاً بالإرادة .
ذلك أن الشككية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان ، وإذا
طرأت الشككية الإرادة فإنها تطرد في الوقت ذاته السبب بمعناه التقصى
وهو المعنى المتصل بالإرادة .

٢٥٢ - ظهور السبب في العقود غير الشككية : وقد ظهر إلى جانب
العقود الشككية في القانون الروماني عقود أخرى غير شككية ، أهمها العقود
العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع . ولما كان
أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينه ، فقد بدأت فكرة السبب
تظهر بظهور الإرادة في تكوين العقد .

أما في العقود العينية - وهي القرض والعارية والوديعة والرهن - فإن
الإرادة لم تكن ظاهرة ، وكان أساس الإلزام في هذه العقود هو تسليم
العين إلى الملتزم ، فهو ملزم بردها لأنه تسلمها وإلا كان مثريباً دون سبب .
وعلى النقيض من ذلك العقود الرضائية - وهي البيع والإيجار والشركة
والوكالة - فالإرادة فيها تتدخل في تكوين العقد ، بل هي وحدها كافية

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم
يذكر في العقد المكتوب أن الإلزام له سبب قد حد (cautio daretur) أى إذا لم يترف
المدعي كتابة أنه تسلم مبلغ القرض . فإذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم .
ولم تحذف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود ، بل جاوزت هذا العقد إلى
عقد المبر ، ثم إلى عقد القرض الواقع على المثلثات غير النقود . وعمت القاعدة بعد ذلك
فأصبحت تشمل جميع العقود (أنظر كايستن في السبب بقرة ٤٤ - بلانيول وبيير وبولانييه
جزء ٢ بقرة ٧٨٤) .

لتكوينه . ومن ثم ظهرت فكرة السبب في هذه العقود ظهوراً واضحاً . في عقد البيع التزام البائع سبب لالتزام المشتري ، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام الحل لم يتم التزام المشتري لانعدام السبب . ولكن فكرة السبب في عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد ، فلا تجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه . ويظهر ذلك في امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفي امتناع الفسخ وفي تبعة هلاك المبيع ، وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب . فكان لا يجوز للمشتري أن يتمتع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يتمتع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن ، فالتزام كل المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر . ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ . وإذا كان القانون الروماني جعل للمشتري فيما بعد دعوى الفسخ ليمتنع عن دفع الثمن حتى يسلم المبيع ، وجعل للبائع الحق في حبس المبيع حتى يقبض الثمن ، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته ، بل لاعتبارات ترجع للعادلة ، ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لكان المنطق يقضى بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة من عقد البيع (*actio ex empto*) (١) . كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يتم التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يبقى البيع ، ويطلب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ ، حتى لو كان التعاقد المطالب بالتنفيذ لم يتم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر كما قدمنا . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم ، كانت تبعة الهلاك على المشتري لا على البائع . وفي هذا إيمان في تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند التنفيذ . ذلك أنه إذا استحال على البائع هلاك المبيع بتنفيذ التزامه ، بقي المشتري مع ذلك ملزماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . ويبدو هذا الحل الروماني قاطعاً في المعنى الذي أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع في القانون الروماني لم يكن ينشئ في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، ولم يكن المشتري يصبح مالكاً للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال - كما قيل في

(١) أنظر كاجينان في السبب ص ٩٤ .

القانون الفرنسي - إن المشتري يتحمل تبعه الملاك لأنه أصبح مالكا . ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والزام المشتري عند تكوين عقد البيع حتى صح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر ، فإن هذا الارتباط متعلم عند تنفيذ البيع ، بل يصبح كل التزام في تنفيذه مستقلا كل الاستقلال عن الالتزام الآخر ، وتقف فكرة السبب كما قلنا عند تكوين البيع ، دون أن تجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ (١) .

وفي العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتي : في عقد المقايضة مثلا إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذي يملكه ، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض . وهذا الالتزام الأخير يقوم لاعتبار إرادة الملتزم وحدها ، بل على هذه الإرادة مضافا إليها أن سببها قد تحقق . ذلك أن سبب إرادة التعاقد الآخر في أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الأول ، وقد تسلمه فعلا ، فتحقق السبب . فإرادته هنا تؤخذ مقرونة بالسبب لا مجردة عنه (٢) .

وفي الهبة - وهي أهم عقود التبرعات - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير . فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع (*animus donandi*) ، وهي السبب في التزام المتبرع . وتترتب على ذلك نتيجة هامة ، هي أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع . فمن تعهد بوفاء التزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني لا يكون متبرعا ، وبطل تعهده لانعدام السبب . واضمة المقررة بشرط (*donatine sub modo*) يكون الشرط سببا لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع . فإذا لم يتم الموهوب له بتنفيذ الشرط ، كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد (*conditio causa data, causa non secuta*) ، وله

(١) أما في عقد الإيجار فإن الارتباط يجاوز التكوين إلى التنفيذ ، إذ كانت الأجرة في هذا العقد تعاقب الانتفاع ، فإذا انقطع الانتفاع ولو بقوة هامة ، عند تكون القيد أو عند تنفيذه ، فإن الأجرة لا تجب . وإذا تأخر المتأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين ، كان للوَجَر الحق في استرداد العين المؤجرة (كاجتان في السبب ص ٩٨) . ويرجع هنا إلى أن عقد الإيجار عقد زمني ، الزمن فيه عنصر جوهري ، وهو عمل القيد ذاته .

(٢) وإذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ما عنده للمتعاقد الأول ، كان لهذا أن يطالب بالتنفيذ كما قلنا . وكان له أيضاً أن يسترد ما سلمه بدلا من المطالبة بالتنفيذ . وقد يكون هنا أراء من دعوى الاسترداد التي كانت للمتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة القرينة للعقد المسماة ، أو قد يكون الحق في الاسترداد نتيجة فسخ العقد ، وفي هذا اعتراف بالسبب فهو الحق في عمل تخلفه فسخ العقد (كاجتان في السبب فقرة ٥١) .

أيضاً أن يجبر الموهوب له على تنفيذ الشرط . وفي الوصية - وهي إرادة منفردة - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أن مزجه بالباعث . فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبي ، وتبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن الباعث على الوصية هو اعتقاد لموصي أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لاتصلح سببها (١) .

٢٥٣ - موقف القانون الروماني من نظرية السبب وتبيين مآقدها

أن القانون الروماني اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif) ، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد (intrinsèque) لا خارجاً عنه (extrinsèque) ، وهو واحد لا يتغير (invariable) في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فزجوه بالباعث ، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه (٢) . وسنرى فيما يلي أن هذا التصور الروماني هو الذي رجع إليه دوما (Domat) ، في صياغته لنظرية السبب .

وننظر الآن كيف تطورت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم ، قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد .

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

٢٥٤ - عهدنا : بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التي سبقت الثنتين المئتين الفرنسي ، من القرن الثاني عشر إلى مسهل القرن التاسع عشر .

(١) كايان في السببقرة ٥٥ .

(٢) على أن هذا التصور المحض لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة لصياغة الرومانية التكلية ، فلم تضع الرومانية نظرية السبب ، بل لهم كانوا إذا أطلقوا كلمة السبب ، قصدوا بهاء السبب للدق (causa civilis) التي رأيناها فيما تقدم .

وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما التقية
الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر. إذ هو الذي صاغ
فكرة السبب نظرية عامة ، بعد أن تبيأت لها عوامل الصياغة طوال
القرون التي سبقتة . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعت التقهاء في صياغته ،
وتناقلت عنه ما كتب ، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier)
إلى التتئين المدني الفرنسي .

فنحن نتابع تطور نظرية السبب في كل من هذين المهادين : (١) عهد
ما قبل دوما (٢) العهد الذي بدأه دوما .

١٤ - نظرية السبب في العهد التي سبق دوما^(١)

٢٥٥ - الرومانيون والكفسوريه : تداول فكرة السبب في هذا العهد

فريقان من التقهاء : فريق الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes).
فالرومانيون رجعوا لفكرة الرومانية في السبب ، وهي فكرة شكلية موضوعية
كما قدمنا . ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر. مما كانت في
القانون الروماني . أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات
جبارة . فآثرونها من أصلها الروماني إلى أفق أرحب ، وجعلوها فكرة مؤثر
فعالة . وننظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين .

٢٥٦ - فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين : عباد المحشون

(glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية . وتطلبوا السبب في مختلف العقود .
ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً ، والمهم ليس هو وجوده بالفعل ،
بل هو مجرد ذكره في الورقة المثبتة للمقد .

أما البارتوليون (Bartolistes) فقد اقتضوا أثر من تقدمهم . وعنوا بنوع
خاص بالعقود الملزمة للجانبين ، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة
في هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حنود القانون الروماني ، فلم
يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ في البيع إذا لم يتخذ أحد المتعاقدين التزامه ،

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد كاييتان في السبب بقرة ٥٧ - بقرة ٧٧ - شيفريه
(Chovrier) في تاريخ السبب في الالتزامات بليرس سنة ١٩٢٩ - بواجيزان (Bois - Jozan)
في السبب في القانون الفرنسي يوردو سنة ١٩٢٩ س ١١٠ - س ١٤٤ - والمراجع للشار
إليها في هذه المؤلفات .

بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتضاربة كان يقضى عليهم بذلك . وميز البارتوليون ، كما فعل المحشون ، بين السبب والباعث ، فسموا الأول والسبب القريب ، (*causa proxima*) وكان المحشون يسمونه والسبب القصدى (*causa finalis*) ، وسموا الباعث والسبب البعيد (*causa remota*) وكان المحشون يسمونه والسبب الدافع (*causa finalis*) . وجعلوا السبب دون الباعث هو الذى يؤثر فى العقد . وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الرومانى ، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية . أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه بالسبب الملتزم (*causa civilis*) وهو السبب الإنشائى الذى عرفناه فيما تقدم وهذا شيء آخر غير السبب القصدى الذى عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث . ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية فى السبب . ولكنهم كما قلنا لم يجاوزوا الحدود التى ألزمها القانون الرومانى . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لا نفسية . داخلية فى العقد لا خارجة عنه ، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود .

٢٥٧ - فكرة السبب عند فريق الفقهاء الكسنين : أما فريق الفقهاء

الكسنين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم . هى الاعتبارات الأدبية المسيحية . وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيم أن يقرروا مبدأين :

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة . ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم - لا الشكل - هى التى تنشئ العقد وتبطله ملزماً . وتدرج الفقهاء الكسنين فى هذا المبدأ حتى أقرروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين ، دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه .

والمبدأ الثانى أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع . ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة . ولا يصح الاحتجاج

بأن التعاقد قد ارتبط بالعقد ، والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً .
فالخطيئة ليست في أن يخل بهذا الارتباط ، بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع .
الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة ، وتنفيذه يعد خطيئة أخرى .
وما نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المطلق . فالفرض الذى يريد التعاقد
أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في تعاقده . وهذا السبب إذا كان
غير مشروع جعل العقد باطلا . وإذا كانت الإرادة وحدها تلزم التعاقد ،
إلا أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع ، وإلا كانت
عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب في صورة أخرى غير الصورة التى ألفناها
في القانون الرومانى . شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملاً نفسياً زائفاً
بالقوة ، بعيداً في الأثر . ويبدو لنا في وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا
إلى جانب الإرادة - بعد أن جردوها من الشكل - الفرض الذى ترى إلى
تحقيقه ، وربطوها به ، فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الفرض الذى
تهدف إليه ، وهى إذا تجردت عن الشكل فليست تتجرد عن السبب .
والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى : الموضوعى ، الداخلى في العقد ،
والذى يبقى واحداً لا يتغير في نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى ،
الخارج عن العقد ، والذي يتغير فيختلف في عقد عنه في العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون
أموراً أربعة :

أولاً - أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً
أساسياً في تكوين العقد .

ثانياً - أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً ، فأصبح السبب هو
الباعث الدافع إلى التعاقد .

ثالثاً - أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيداً على الإرادة .
فدام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل ، فلا
أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً لتحقيق غاية مشروعة . ومن هنا استطاع
الكنسيون أن يدوروا مبادئ القانون الرومانى فلا يتعارضون معه تعارضاً

صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العارى (*pacte nu*) ملزم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العارى» عبارة «الوعد المسبب» (*promesse causée*) فيضيفوا إلى القائمة الرومانية لل عقود الملزمة (*pacta vestita*) طائفة جديدة هي طائفة «الوعود المسببة» .

رابعا - أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى ، إذ حررها من الشكل ، وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تنجس لتحقيق ، غاية مشروعة .

فالكثيرون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناها الروماني الفيق ، بل بمعناها الجديد الواسع .

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادية الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التي تنجس لتحقيق أغراض غير مشروعة ، فإنهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية الفرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش . ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع ، في إبطال العقد ، السبب غير الحقيقي . فإذا وقع غلط أو تدليس في الباعث على التعاقد ، كان السبب غير حقيقياً ، وبطل العقد . ومن هنا اختلعت نظرية الغلط بنظرية السبب ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام في نظرية الغلط .

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة ، إليه وحده يعود الفضل الأكبر في إيجاد النظرية الصحيحة للسبب . وقد تبع رجال الكنيسة في نظريتهم هذه بعض من الفقهاء المدنيين (*civilistes*) من أمثال لوازيل (*Loyel*) (١) ودومولان (*Dumoulin*) ، فقالوا بالإرادة وحدها مصدراً لتكوين العقد ، واصلين في هذا ما بين الإرادة والسبب ، وجاعلين للسبب بمعنى الذي فهمه الفقهاء الكثيرون . وبقى فقهاء مدنيون آخرون ، من أمثال كونان (*Connan*) ودونو (*Doneau*)

(١) وهو صاحب اللؤلؤ المشهور : « ربط البر بقرته ، وربط الرجل بكلامه ، وبمجرد الوعد أو الاتفاق يبدل العقود الظنية في القانون الروماني » . « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ; et autant vaut une simple promesse ou convention que les stipulations du Droit Romain » . (*Inst. cont. man.* 387) .

محافظين على تقاليد القانون الروماني ، فلا يسلّمون بأن الاتفاق العارى عقد ملزم ، ولا يفهمون السبب إلا في ضوء الفكرة الرومانية الضيقة . ولكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثاني . فاعترف الفقه والقضاء في فرنسا بأن الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الغاية التي تهدف لتحقيقها غاية مشروعة ، وفهم السبب بالمعنى الذي ابتدعه الكنديون : الباعث الدافع إلى التعاقد . فأبطلت العقود التي تهدف لاستغلال القوّة ، واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها ، وأصبح الباعث يؤثر في التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات . وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما بصوغ نظرية عامة للسبب . وننظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء .

٢٩ - نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد للتقنين المدني الفرنسي (١)

٢٥٨ - العوامل التي أثرت في هذا المذهب وفقهاؤه البلندون :

جاء دوما في القرن السابع عشر ، وبدأ عهداً جليداً كان من المهود الحاسمة في تاريخ تطور نظرية السبب . والعوامل البارزة التي كانت تؤثر في التضكير القانوني لرجال هذا العهد ثلاثة :

أولاً - انتكاس القانون الروماني وتقلص قوذه . وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية ، وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقات بريطورية واتفاقات شرعية ، كل هذه التسميات العتيقة أخذت تهجر قسراً في طريقها إلى الاندثار . على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين (civilistes) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية في السبب كما قلّمنا .

ثانياً - أثر القانون الكنسي . وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فتح مبین في ميدان الإرادة ، فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة ، ويسبر ورامهم في ذلك كثير من الفقهاء المدنيين .

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد : كايطن في السبب قرة ٧٧ - قرة ٨٠ -

هيلريه ٢٤٦ وما بعدها - تبال م ٨٨ وما بعدها - يوتسكو م ٤٢ وما بعدها - يولييزان م ١٤٤ وما بعدها .

ثالثاً - اقتضار مبادئ القانون الطبيعي . وقد حمل لوامعا جروسييس (Grosius) الفقيه الهولندي المعروف . وهي مبادئ توحى بنفذ ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة ، وتحكم العقل في كل ذلك فلا يتردد في إقصائها وتحرير الإرادة منها .

وهذا العهد الجليل يداء دوما كما ذكرنا ، وطبعه بطايبه . وبقي أثر هذا الفقيه القرنى الكبير حياً في النفوس طوال الأجيال . واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على ترميد ما كتبه في نظرية السبب ، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر ، غير الإسهاب في بعض التفاصيل . وأبرز هؤلاء الفقهاء قتيان : برطردى لاجانيس (Prévôt de la Jante) وبوتييه (Potbier). ونستعرض أولاً ما كتبه دوما في نظرية السبب ، ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقهاء .

٢٥٩ - نظرية السبب عند دوما: لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه في نظرية السبب. بل هو قس له يكن يشمر أنه يقول شيئاً جديداً عندما كان يقرر هذه النظرية في كتابه «القوانين المدنية» . كان يسطها بسطاً موجزاً ، دون مناقشة أو بحث ، كما يسط أموراً من الأمور المقررة في عصره ، فلا يرى فيه في حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو النطاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة . لذلك كان من المبالغة أن يقال - كما قال كثيرون - إن دوما له حظ كبير من الإبداع في نظرية السبب. بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية في السبب ، من أمثال الفقيه الكبير كايبتان ، رأيهم من أن دوما له فضل عظيم في دعم نظرية السبب على أساس صحيح . فتدنا أن دوما قد أساء إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن ، وعاق تطورها الطبيعي ، وأعادها إلى وضعها الرومانى نظرية قاحلة مجدية . والغريب أن دوما قد اتقاد في هذا ، لا لحكم العقل وقواعد المنطق التى ألفها وسار عليها في كتابه (١) ، بل إلى البقية من أثر القانون

(١) فقد كان دوما من دعاة القانون الطبيعي ، وعرف بأنه « هو الذى أحى التفكير المنطقى في الفقه اللدى . فوضع كتابه المشهور «القوانين المدنية» وفقاً لتنظيم الطبيعي (Lois Civiles dans leur ordre naturel) ، ولم ينبج فيه نهج من سببمن الفقهاء في شرح خصوص القانون الرومانى (Corpus Juris Civilis) ، بل كان لا يرجع إلى منه النصوص إلا لتكون مؤيدة لا يجرده من أحكام العقل والمنطق ، فيكون ذلك ما بلغ في الإقناع وأحصى إلى الامتثال (montrer l'empire en raison) .

الرومانى التى تسربت إلى القانون الفرنسى القديم على أيدي الفقهاء الرومانيين (romanistes) وفريق من الفقهاء المدنيين (civilistes) الذين تأثروا بالأولين . على أن للدوما مزيتين لا ينكران في هذا الشأن : (أولاهما) هذه النظرية الشاملة التى أحاط بها موضوع السبب ، فصاغ منه نظرية عامة محبوبة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذى قام به هو . كانت هناك أحجار مهياة للبناء ، فشيدها دوما بناء مدعماً متماسكاً ، هو هذا الذى انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء ، ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التى ظلت سائدة طوال القرن الماضى . (والثانية الثانية) أن دوما سجل في وضوح كامل ما وصل إليه عصره في تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع . قد كانت التسميات الرومانية العتيقة لأصناف العقود قد دالت دولها ، وزالت التفرقة بين الاتفاق العارى غير الملزم والعقود والاتفاقات الملزمة ، وأصبح كل اتفاق ملزماً . ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق في عبارات جليلة واضحة فيقول في كتابه «القوانين المدنية» (١) : «كل اتفاق ، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن ، ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه ... ولم يعد هناك محل لأن تبسط ما كان القانون الرومانى يقيسه من فروق بين العقود التى لها اسم معين والعقود التى لا اسم لها . فهذه التمييزات التى تنطوى على دقة زائفة لم تعد مقبولة في عرف عصرنا ، وهى مدعاة للاضطراب من غير ما فائدة » . ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة في عصره ، لا تحتاج إلى تمحيص أو مناقشة . فقد كانت القاعدة التى تقر أن والاتفاق وحده ملزم (Solus consensus obligat) قد ظفرت في النهاية ، وفاز أنصارها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الرومانى .

أما العيب الجوهرى في نظرية دوما فهو أنه تأثر في هذه النظرية ، كما قدمنا ، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أمعاء القانون الرومانى ، فقتل عنهم النظرية الرومانية القديمة (٢) . وهنا يتولانا شيء من العجب . فإن دوما ، وهو من

(١) الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأولقرة ٧ .

(٢) ويذكر كابتان في كتابه في السبب (س ١٦٠ — س ١٦٣) من ١٦٣ هلش رقم ١) أن دوما تأثر في نظريته في السبب بفهاء مدنيين يشبون إلى الفقهاء الرومانيين ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Donoau) — أنظر أيضاً في هذا المعنى بلايسول وريير

أنصار المنطق والقانون الطبيعي ، وقد رأيتاه يقول بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطاول في ذلك الفقهاء المنذنين المتأثرين بالقانون الكنسي ، يرجع التفهري عندما يتولى بسط نظرية السبب ، فلا يسير في منطقته إلى مدهاء ، ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المنذنين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تتقيد بالفرض الذي اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب ، يأتي دوماً أن يكون منطقياً في نظريته للإرادة والسبب ، ويرجع إلى الفكرة الرومانية ، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير في نوع واحد من العقود ! وقد سئل ذلك أن دوماً أثر دقة الصياغة الرومانية فجري على متوالها ، ولكنه أضاع بذلك على القانون خصوصية النظرية الكنسية في السبب وما لها من مدى بعيد وأثر بالغ .

وهذا ما يقوله دوماً وهو يسطر نظرية السبب ، بعد أن يقسم العقود أقساماً أربعة ، الثلاثة الأولى هي عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع : وفي الأقسام الثلاثة الأولى من العقود يجري التعامل دون أن يكون فيه أي تبرع ، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس للالتزام الآخر . وحتى في العقود التي يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم ، كما في اقراض مبلغ من النقود ، قد سبق التزام المقرض ما وجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد . وعلى ذلك فالالتزام الذي ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً في جانب الآخر . ويكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن مبنياً في الواقع على سبب (١) . ثم يتابع دوماً بسط نظريته ، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول : « وفي الهبات ... يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض المعقولة الحقة ، كخضمة أسداها الموهوب له أو أية ميزة أخرى فيه أو محض الرغبة في عمل الخير من جانب الواهب . وهذا

(١) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول — وقرر دوماً في موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذي قام على سبب اختلع بعد ذلك يصح بطلاً (الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول فقرة ١٣) ، فهو يستصحب السبب من تكون العقد إلى تنفيذه .

الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى الطرف الذى أخذ ولم يعط شيئاً (١) . وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة أن دوما يرى أن السبب في التبرعات قد يكون هو الباعث ، كما كان الأمر في القانون الرومانى على ما قلنا . ولكنه في موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول : « يجب في الهبات أن نميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التى يعلن الواهبون أنها هى أسباب تبرعهم وبين الشروط التى يفرضونها فى هباتهم . وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشروط فى الهبة المقرنة بشرط يطلها ، فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن الباعث التى ذكرت فيها ليست صحيحة . فلو أنه ذكر فى هبة أنها تمت لخدمات أسديت أو لتمكين الموهوب له من أن يمتلك شيئاً يريد ، فإن الهبة لا تبطل حتى لو ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم . وذلك لأن لإرادة من وهب تبقى دائماً قائمة . وقد تكون له بواعث أخرى غير التى أعلنها (٢) . ويستخلص الأستاذ كاييتان من هذه العبارات أن دوما يميز في عقود التبرع بين السبب والباعث ، فالسبب هو الذى يؤثر فى صحة التبرع ، أما الباعث فلا أثر له (٣) .

وبينما قدّمناه أن دوما يشترط قيام السبب فى جميع العقود . فالسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر ، أى التزامه المقابل . والسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر ، أى التسليم الذى تم من جانبه فى مبدأ الأمر . والسبب فى التبرعات هو إرادة المتبرع فى أن يتبرع ، أى نية التبرع . ومن ذلك نرى أن نظرية دوما فى السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة : وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الرومانى .

-
- (١) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول .
 (٢) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الثالث — الفرع الأول فقرة ١٣ .
 (٣) كاييتان فى السبب فقرة ٧٩ . فلون بواجيزان (س ١٥٠ — س ١٥٥) وهو يستخلص من هذه العبارات أن دوما يمتد بالباعث فى التبرعات ، ويجعل له أثراً فى صحتها — ويبدو أن دوما يميز بين الباعث الخارج للهبة ، ويظهره أن يكون شرطاً مفروضاً فى القصد ، وهو يؤثر فى صحة التبرع . وبين البواعث التى تذكر فى القصد دون أن تخرس شروطاً ، وهذه لا تؤثر لاحتمال أن يكون هناك دوافع أخرى حلت على التبرع .

٣٦٥ - نظرية السبب عند خلفاء دوما من الفقهاء : ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوما في القانون الفرنسي القديم على أن يرددوا ما قاله دوما في نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء ، كما قلنا ، قتيان : بريفو دي لاچانس وبوتييه .

كان بريفو دي لاچانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون في جامعة أورليان في النصف الأول من القرن الثامن عشر، وقد توفي في سنة ١٧٤٩ . ذكر في كتاب له (١) أن الرضاء يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause). وعرف السبب بأنه الفرض (motif) الذي دفع المتعاقد إلى الالتزام . ولكنه بين ما يريد بكلمة « الغرض » عند الكلام في البيع ، فذكر أن السبب في التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر المقابل له . فالسبب عنده في العقود الملزمة للجائين هو السبب ذاته عند دوما (٢) .

أما بوتيه (Pothier) الفقيه الفرنسي المعروف - وقد خلف بريفو دي لاچانس في أستاذية القانون بجامعة أورليان - فكان أوضح بياناً من سلفه في بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما في هذه النظرية . ذكر في كتاب « الالتزامات » (٣) ما يأتي : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête) . ففي عقود المعاوضة يكون السبب في الالتزام الذي يقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه له ، أو التبعة التي يتحملها . وفي عقود التبرع يكون الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أي سبب ، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذي يتضمنه . ثم ينتقل بوتيه إلى السبب غير المشروع فيقول : « إذا كان السبب الذي عقد

(١) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions.) القسم الثاني - الباب الثامن - الفصل الثاني .

(٢) كايان في السبب فقرة ٨٠ - ويرى بريفو دي لاچانس أن العهد المكتوب يكون ذا سبب صحيح إذا ذكر العهد أنه محرر يدويته ويشهد بالرفع ، بالإقرار بالديون فيسبب كاف للالتزام (بواجب من ١٠٨ - ص ١٥٩)

(٣) فقرة ٤٢ .

من أجله الالتزام سبباً يجرح العدالة أو حسن النية أو الآداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs) ، فالالتزام باطل ، ويطل العقد الذى يتضمنه (١) .

ورى من ذلك أن يوتيه ردد فى وضوح وإسباب ما سبقه إليه دوما . وإذا كان قد زاد عليه فى التفصيل ، فى المسائل الثلاث الآتية : (١) لم يكتف بأن يحدد السبب فى العقود الملزمة للجائين والعقود الملزمة للطالب واحد ، بل حدده أيضاً فى العقود الاحتمالية وجعله التبعة التى يتحملها المتعاقد . (٢) ذكر فى وضوح أن السبب فى التبرعات هو نية التبرع ، وكان دوما غير واضح فى ذلك وضوحاً كافياً كما رأينا . (٣) أفاض فى ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح ، فوضع الأساس لشروط السبب فى النظرية التقليدية (٢) .

وقد نقل قانون نابليون نظرية السبب عن دوما وبوتييه فى المواد ١١٠٨ و ١١٣١ - ١١٣٣ . وصارت هذه النصوص هى الأساس الذى تقوم عليه النظرية التقليدية فى السبب .

هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب ، أوردناه فى شيء من التفصيل حتى نبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهى تحمل أثراً واضحاً من ذكريات ماضيا ، سواء فى ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة . وننتقل الآن لبسط نظرية السبب فى القانون الحديث .

المبحث الثانى

نظرية السبب فى القانون الحديث

٢٦١ - ترتيب الموضوع : انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون

الفرنسى القديم إلى قانون نابليون ، فبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو

(١) « الالتزامات » فقرة ٤٣ .

(٢) وزاد بوتيه أيضاً فى أنه ميز بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذى يقصد إليه الالتزام ، فوضع فقرة القسم الثلاثى للسبب الذى ستراف فى النظرية التقليدية .

الذى رأيناه عند دوما ويوتيه . وهذه هي النظرية التقليدية في السبب . ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدية ، إذ هي مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قلنا ، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوها الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام . وأثارت هذه المصومة لنظرية السبب التقليدية قهواء آخرين قاموا ينتصرون لفكرة السبب في ذاتها ، سواء في صورتها التقليدية أو في صورة أخرى لها معدلة . ولكن القضاء في فرنسا كان بمنزلة عن هذه المصومات الفقهاء ، وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكسبية المخصصة وهي النظرية التي تفسر السبب بالباعث فتجعل للسبب معنى متجسداً فصلاً . ومن ثم قامت النظرية الحديثة في السبب على أنقاض النظرية التقليدية ، قامت في أول أمرها على أكتاف القضاء فهو الذي عيدها الطريق كما رأينا ، ثم تبع القضاة في ذلك . وقد تلى القانون المدني الجديد النظرية وهي في مرحلة متقدمة من مراحل تطورها ، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الفاظ فصلاً تاماً وكانا من قبل يتلاقيان في منطقة مشتركة .

فنحن نتكلم : (أولاً) في النظرية التقليدية . (ثانياً) في النظرية الحديثة . (ثالثاً) في نظرية السبب بعد انتقالها إلى القانون المدني الجديد .

المطلب الأول

النظرية التقليدية في السبب

٣٦٢ - النصوص في القانون المدني الفرنسي وفي القانون المدني

المصري القديم : تلى قانون نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما ، وانتقلت من إلى القضاة الفرنسيين . وبقى القضاة الفرنسيون يقررون هذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر (١) . وسرى ونحن نسط ما قرروه أنهم لم يمتدوا عما قرره دوما ويوتيه مما سبق بيانه .

وقد دخلت النظرية التقليدية في نصوص قانون نابليون على النحو الآتي :

(١) أنظر بطلاً وفقاً لنظرية التقليدية السبب في ديغولوب ٢٤ ص ٢٢٩ وما بعدها .

نصت المادة ١١٣١ من هذا القانون على أن الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause)، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح (sans cause) (cause، أو على سبب غير مشروع (cause illicite) .

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر فيه . .
ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون ،
أو إذا كان مخالفاً للأداب أو للنظام العام .

وقد نقل القانون المدني المصرى القديم عن قانون نابليون هذه النصوص بعد أن أوجزها في نص واحد على الوجه الآتى :

نصت المادتان ٩٤ / ١٤٨ من القانون المدني للمصرى القديم على أنه يشترط لصحة التعهدات وال عقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً .
والأصل الفرنسى لهذا النص العربى أدق ، فهو يقضى بأن الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب عقق مشروع (١) ، فجعل السبب شرطاً في وجود الالتزام لا في صحته فحسب .

ونتناول الآن النظرية التقليدية . فتكلم أولاً في معنى السبب في هذه النظرية وفي الشروط التي يجب توافرها فيه . ثم نستعرض بعد ذلك الحجج التي تقدم بها خصوم السبب في تفنيده ، والحجج التي تقدم بها أنصاره في تأييده .

١٥ - معنى السبب في النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

١ - تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية

٢٦٣ - السبب الإنشائي والسبب الراجع والسبب القصوى :

تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائي (cause efficiente) والسبب الدافع (cause impulsive) والسبب القصوى (cause finale) (٢) .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى : *l'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite.*

(٢) وقد رأينا أصل هذا التمييز فيما نقله المحثون والبارتوليون عن القلعة اليونانية من التمييز بين السبب (cause proxima, finalis) والباعث (cause remota, impulsiva) (أنظر آخراً فقرة ٢٥٦)، وفي التمييز الذي قال به بوتييه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى أنه من الذي يقصد إليه الالتزام (أنظر آخراً فقرة ٢٦٠ في الملتصق) .

السبب الإنشائي هو مصدر الالتزام . وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . والسبب بهذا المعنى لا يعني هنا ، ويجب أن نستبعده .

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام .
فمن يشتري منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء الالتزام بدفع الثمن هو أن يستقل المنزل ، أو أن يخصصه لسكناه ، أو أن يعمل منه عملاً لعمله ، أو أن يديره للعمارة ، أو أن يعمل منه نادياً للمقامرة ، ألخ ألخ . ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شيء خارجي عن العقد (extrinsèque) ، فلا يذكر في الاتفاق ضرورة ، ولا يستخلص حتماً من الالتزام . (٢) هو شيء ذاتي للملتزم (subjectif) ، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع . (٣) هو شيء متغير (variable) ، لا في كل نوع من العقود فحسب ، بل في كل عقد على حدة ، فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد آخر . ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد ، فإن النظرية التقليدية تدفع إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام . فلهما كان هذا الباعث شرطاً أو غير شريف ، متفقاً مع النظام العام أو مخالفاً له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدي - وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية - وإذا أطلقت كلمة السبب عنه بهذه الكلمة - يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض المباشر (but immédiat) الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم (causa proxima) ، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

٣٦٤ - السبب في الطوائف المختلفة للعقود : وتعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحديد السبب - وفهم دائماً بمعنى السبب القصدي - في كل طائفة منها ، على النحو الذي جرى عليه دوماً وبوتيه .
في العقود الملتزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام

الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع ، وسبب هذا الالتزام - أى الغرض المباشر الذى قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع - هو التزام المشتري بدفع الثمن . يلتزم المشتري بدفع الثمن ، وسبب هذا الالتزام - أى الغرض المباشر الذى قصد المشتري أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن - هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وكل مثل ذلك فى العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالتقاضي والإيجار وعقد المقاوله وعقد العمل .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، إذا كان العقد عينياً ، قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة (١) ، يكون سبب التزام التعاقد الملزم هو تسليمه الشيء على التعاقد . فالقرض يلتزم يرد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه .

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً ، كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهاى ، وهو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه ، وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق (٢) .

وفى عقود التبرع السبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إهداء يد الموهوب له ، وهذا هو السبب فى تبرعه .

٢٦٥ - خصائص السبب: ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب فى

المنظريه التقليديه هى عكس خصائص الباعث. فالسبب شئ داخلى فى العقد (intrinsèque) يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته . وهو شئ موضوعى (objectif) لا تؤثر فيه نوايا الملزم . وهو غير متغير (invariable) ، فيبقى واحداً فى نوع واحد من العقود ، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع . وهذه الخصائص الثلاث هى عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب

(١) وهذا فى غير القانون المصرى الجديد الذى ألقى العقود البينة كآراءنا ، ولم يبق منها إلا حبة المتكول . ثم هنا يفرض أن العقود البينة مؤزمة لجانب واحد كما ينمب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

(٢) كايتمان فى السبب فقرة ٧٨ .

في الفكرة الرومانية القديمة .

٢٦٦ - قيام السبب مع وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه :

ونحصر النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب مع وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد ، ثم انقطع قبل التنفيذ ، سقط الالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم في العقود الملزمة للجانبين . فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة : (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتمتع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هي نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعة هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ، وهذه هي نظرية تحمل التبعة . وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل في مواضعها . ويكفي أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقاءه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه ، ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزامه ، أو أن يطلب فسخ العقد ، أو أن يجعل المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعة هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذي انقطع سببه (١).

ب - الشروط الواجب توافرها في السبب

٢٦٧ - شروط ثلثة : ينخلص من النصوص التي أوردناها في القانون

المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري القديم أن السبب يجب أن تتوافر

(١) ويلاحظ أن القانون الروماني كان يأبى أن يدفع فكرة السبب في عقد البيع إلى حد أن يطلب بقاء السبب بعد تكوين العقد ، بل كان يفتي بفكرة السبب عند تكوين العقد ، دون أن يجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ . فلم يكن يعلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث : الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعة استحالة التزامه (أنظر أيضاً فقرة ٢٠٢). والنظرية التقليدية في السبب منظمة في هذه الناحية على القانون الروماني .

فيه شروط ثلاثة : (١) أن يكون موجوداً . (٢) وأن يكون صحيحاً . (٣) وأن يكون مشروعاً .

٢٦٨ - وجود السبب : تقول النظرية التقليدية إن كل التزام يجب أن يكون له سبب . ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء ، بل هو الشيء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم .

ويطلب في السبب غير الموجود أن يكون شيئاً موهوماً وقع غلط في وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود . ولكن السبب الموهوم لا يدخل في دائرة هذا الشرط الأول ، بل يدخل في دائرة الشرط الثاني كما سنرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود ، أي غير واهمين في وجوده . ويصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك ؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبسبب التعاقد .

فهو يتحقق عند التعاقد في فروض مختلفة نذكر منها فرضين : (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونية وهو غير مدين ، أي لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود . وفي هذه الحالة يكون العقد الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونية باطلاً لانعدام السبب ، ولا يكفي أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصلح الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً ، فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلاً لانعدام السبب . ويستقيم القرض حتى لو اعتبر الإقرار لإرادة منفردة لا عقداً ، فإن السبب ركن في كل التزام إرادى ولو لم يكن التزاماً عقدياً . (٢) يكون السبب غير موجود ، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه ، فيأسمى بسند المجاملة (effet de complaisance) . صورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً ، فيمضى سنداً لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصورى سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى

المدين ، فيدفعها هذا لحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصوري أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم ، لا من مدينه بالذات ، بل بفضل إضفاء هذا المدين على سند المجاملة . ولا يتجح بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية ، ولكن في الملاقة ما بين المدين ودائته الصوري يستطيع الأول أن يتمسك بيطلان السند لاتعدام السبب (١) .

ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد . ويقع ذلك في العقود الملزمة للجائين إذا لم يتم أحد المتأقنين بتنفيذ التزامه أو استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن سبب التزام التعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد ، وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذي يرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

٢٦٩ - **سبب السبب** : ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً . فالسبب غير الصحيح (*fausse cause*) لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين : (١) إما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط (*cause erronée*) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صوري (*cause simulée*) .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهوليس بوارث ، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخل عن نصيبه في الميراث ، فهذا يتخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يضي إقراراً بدين على التركة ويثين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث ، فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم . وارث يتعهد لموصى له بدين في التركة أن يعطيه مبلغاً من المال في نظير نزوله عن الوصية ، ويثين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه

(١) ويتحقق انعدام السبب، دون وهم أو إكراه، في عدا حبال يسمى « كرناليج » (*bonde de noige*) (أنظر في ذلك نظرية البعد للؤلف ص ٥٠١ حاشي رقم ٣) كما قد يتحقق في سائر العقود الاحتيالية - وهي عقود السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة في كل من الجانبين - فإذا انعدم هذا الاحتمال في جانب انعدم سبب الالتزام ، وقد يكون ذلك من جهة وفي غير إكراه .

موهوم . ملدين يثقى مع دائته على تجديد الدين ، فحين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه ، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقى السبب الصورى . والسند الذى يقوم على سبب صورى لا يكون باطلا لصورية السبب ، فإن الصورية فى ذاتها ليست سبباً فى البطلان . ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب ، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى . ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقى . فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقى موهوم لا لأن السبب الظاهر صورى . وإن كان السبب الحقيقى غير مشروع ، وقد أنقضى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب ، سقط الالتزام أيضاً ، لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقى . أما إذا كان السبب الحقيقى مشروعاً غير موهوم ، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر (١) .

٢٧٠ - مشروعية السبب : ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً .

والسبب المشروع هو الذى لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب (٢) . وقد بينا معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب عند الكلام فى المحل غير المشروع . ونبين هنا أن مشروعية السبب ، عند أصحاب النظرية التقليدية ، شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع . ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة ، نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية :

(أولاً) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه ، فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه - وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة - غير مشروع .

(١) أنظر فى هذا المعنى للذكر الإيضاحية للشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال الضعيفة

٢ من ٢٢٧) .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ من ١٧٩ . محكمة الاستئناف المختصة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٢٦ - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٤ من ٥٩ - وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٢٤ من ٨٢ - وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ١١٩ .

فلا يقوم هذا الالتزام ، لا لعدم مشروعية المحل ، بل لعدم مشروعية السبب .
(ثانياً) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود ، فإن الالتزام كل من المتعاقدين محله مشروع . فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة ، وتعهد الثاني بدفع مبلغ من النقود ، وكلا المحلين مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثاني بدفع النقود ، وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثاني بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضاً سبب غير مشروع . ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع . وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليحمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يميز المودع عنده حتى يرد البديعة ، وكالمسروق منه يميز السارق حتى يرد المسروق ، وكالمخطف ولد يميز الخاطف حتى يرد الولد ، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص يميز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

(ثالثاً) عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) هو أيضاً عقليه غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء (١) يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يجعل على ركوب طرق من الفس والخذلية حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود (٢) . والقضاء

(١) أوبري ورو س ٥٥٣ - لارومبيير ١١٣٢ - قرة ١١ - ديمولوب ٢٤
قرة ٣٣٥ - لوران ١٦ - قرة ١٥٠ - بنولر س ٥٤١ .

(٢) قس فرنسي في أول مايو سنة ١٨٥٥ بالوز ١٨٥٥ - ١ - ١٤٧ .

في مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية (١) بطلان العقد ، لا سيما في بلد كمصر حيث يسهل على الخاطبة أن تخدع الزوج ، في أمر زوجته بسبب انزوال المرأة عن الرجل (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلة (٣) بصحة العقد إذ أن الفرض الذي يروى إليه مشروع ، فهو يمس أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية. ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله ثم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فلذا أخذ بهذا الرأي كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الطرفين على مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثاني يلتزم بالثبوت على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر في مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً في مقابل هذا الزواج .

٢٤ - خصوم السبب وأنصاره

١- خصوم السبب

٢٧١ - الهجوم على النظرية التقليدية : منذ أن استقرت النظرية التقليدية ، منقولة عن دوما وهوتيه على النحو الذي بطناه ، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء ، يرون فيها ضيق الألق وقصور المدى وعمق الإنتاج . وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكي إرنست (Ernest) وكان أستاذاً في جامعة لييج ، كتب

(١) محكمة عابدين الجزئية في ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلة في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .

(٢) ويؤيد هذا الرأي والتون (جزء أول من ٢٨٥ - من ٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات من ٢٥٤) .

(٣) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٨٣ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلة في

٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ من ٩٠ .

مقالاً في سنة ١٨٢٦ في مجلة (Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste) (١) بين فيه أن السبب في النظرية التقليدية ليس ركناً متميزاً ، فهو يختلط إما بالحل في العقود الملزمة للجائين ، وإما بالرضا في عقود التبرع ، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له ، وقضى عنه أركان الالتزام الأخرى . ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent) (٢) وكورنيل (Cornil) (٣) ، وهما أيضاً قبيهان بلجيكيان . وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين ، هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة في رسائلهم (٤) .

ولكن الحملة على نظرية السبب لفتت النظر بنوع خاص عندما انحاز پلاتيول إلى خصوم السبب (٥) ، وردد الأستاذان بودرى وبارد صدق هذه الحملة (٦) . وكذلك فعل دابان (Dabin) (٧) ووالتون (٨) . وتقف عند نقد پلاتيول لنظرية السبب التقليدية ، فيه خلاصة واضحة للحملات التي قام بها خصوم السبب ، وكان هو الممول الفعّال في هدمها .

٢٧٧ - نهر برونبول نظرية السبب التقليدية : يقول پلاتيول إن نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة ، ثم هي غير ذات فائدة .

(١) سنة ١٨٢٦ ص ٢٥٠ - ص ٢٦٤ .

(٢) جزء ١٦ فقرة ١١١ .

(٣) في رسالة عنونها : «مقالة تنقيح القانون المدني، السبب في العقود» بروكل سنة ١٨٩٠ :

«A propos de la révision du Code Civil—De la Cause dans les conventions» . Bruxelles 1890.

(٤) نذكر منهم أرتير (Artur) في السبب في القانون الروماني والقانون الفرنسي باريس سنة ١٨٧٨ — تيمبال (Timbal) في السبب في العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ — سيفريادس (Séverin) بحث انتقالي في نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ — أنظر أيضاً هيكل الميزان السادس والسابع .

(٥) الجزء الثاني فقرة ١٠٣٧ - فقرة ١٠٣٩ .

(٦) الجزء الأول فقرة ٣٢١ - فقرة ٣٢٧ .

(٧) «نظرية السبب» بروكل سنة ١٩١٩ .

(٨) ويقول الأستاذ والتون إن نظرية السبب التقليدية مثار لنقد شديد ، ويوقع أن المصنفين المدني عند تنقيح يستمد فكرة السبب كركن في الالتزام ، ويمير في ذلك على نهج المصنفين الألمان والويسري (والتون ١ ص ٥٩ - ص ٦٠) .

أما أنها غير صحيحة ، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب في فروعه الثلاثة :
العقد الملزَم للجائين والعقد المبنى وعقد التبرع . ففي العقد الملزَم للجائين
لا يجوز القول ، كما تزعم النظرية التقليدية ، إن سبب أحد الالتزامين
المقابلين هو الالتزام الآخر ، فإن في هذا استحالة منطقية ، ذلك أن الالتزامين
يولدان في وقت واحد من مصدر واحد هو العقد ، فلا يمكن أن يكون أحدهما
سبباً للآخر ، لأن السبب يتقدم للسبب ، وهما قد نشأ معاً كما رأينا . وفي
العقد المبنى يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين ، ولكن التسليم ليس
إلا المصدر الذي كون العقد فأنشأ الالتزام ، فيخطط هنا السبب بالمصدر
ويصبحان شيئاً واحداً . وفي عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية
التبرع . وهذا قول خال من المعنى ، وإلا فآية قيمة لنية التبرع في ذاتها
إذا لم تقرر بالعوامل التي دفعت إليها !

وأما أن النظرية غير ذات فائدة ، فلأننا نستطيع الاستثناء عنها بشيء
آخر . ففي العقود الملزمة للجائين يمكن أن نقول إن الالتزامين المقابلين
مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصدر كل منهما على مصدر الثاني ،
وتعني فكرة الارتباط في هذه العقود عن فكرة السبب . وفي العقود العينية
وعقود التبرع انعقاد السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية هو انعقاد
التسليم في العقد المبنى وانعقاد نية التبرع في الهبة ، وهذا معناه انعقاد العقد
ذاته ، فلنا إذن في حاجة إلى تعطيل علم قيام الالتزام بانعقاد السبب ما دام
العقد ذاته غير موجود .

ب - أنصار السبب

٢٧٣ - المرافع عن فكرة السبب : أما أنصار السبب فكثيرون .

منهم من يدافع عن النظرية التقليدية بعد تحويرها ، وعلى رأس هؤلاء
كلايتمان في كتابه المعروف « السبب في الالتزامات » (١) . ومنهم من يدافع
عن فكرة السبب في ذاتها ، ولكنه يجر في الدفاع عنها النظرية التقليدية

(١) أنظر أيضاً علماء الفقه الطبيعي كأوبري ورو ودوجلوب وبيمان وبغولر . وانظر
بريسو في رسالة من جوردو سنة ١٨٧٩ ، وكولان في رسالة من باريس سنة ١٨٩٥
ويوتسكو في السبب سنة ١٩٢٢ .

إلى النظرية الحديثة التي وضع القضاء أسسها على ما سنرى .
وتبسط هنا دفاع كاييتان عن النظرية التقليدية ، ثم نشير في إيجاز إلى
بعض الفقهاء الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة .

٢٧٤ - دفاع كاييتان عن نظرية السبب التقليدية : يمكن القول إن
كاييتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب . ولكنه وهو في صدد للدفاع
عنها قد حورها تحويراً جوهرياً في بعض نواحيها .

فمنذ كاييتان أن السبب في العقد الملزم للجائين ليس هو الالتزام المقابل
ذاته ، بل هو تنفيذ هذا الالتزام (١) . ويقول ، رداً على ما أخذه بلامبول
على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسياً ،
إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بعد ذلك بأن الالتزام هو
السبب والسبب . ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية
أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته ، فلا يصح أن يقال مع ذلك إن
الشيء الواحد يعتبر سبباً ومسياً ، إلا إذا فهم السبب بمعنى « السبب
الإنشائي » ، فمنذ ذلك يستحيل منطقياً أن يكون الشيء منشئاً لشيء آخر
وناشئاً عنه في آن واحد . ولكن السبب هنا معناه « السبب القصدى » أى
الفرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه ، ويسهل مع هذا
المعنى أن نفهم أن الفرض الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو
التزام المتعاقد الآخر بالذات ، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر ،
ولا يكون في هذا خروج على المنطق .

أما الالتزام الذى ينشأ من عقد عيى فسيه هو تسليم الشيء كما تقرر النظرية
التقليدية . وهذا صحيح في نظر كاييتان في عقود عينية ثلاثة هى الفرض والعارية .

(١) وبني كاييتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتباط صحيح كل من
الالتزامين المتعاقبين بمصير الالتزام الآخر . ويرتب على هذا الارتباط نظريتين الصحيح والضعف
بمصر التنفيذ وتحمل التبعة ، فهذه النظريتين جيداً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب
هو تنفيذ الالتزام لا وجوده .

وعند كاييتان السبب في العقد الملزم للجائين إذا كان احتياطياً بوجود الاحتمال ذاته في العقد
(السبب بقرة ١٨ س ٤٠) ، وفي العقد الملزم للجائين الذى يتوخى فيه جميع المتعاقدين غرضاً
مشتركا كالجمليات والسرقات ، بالفرض المشترك الذى قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب بقرة ١٩) .

ورهن الحيازة . فلإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة ، فهي من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجائين . فالمقرض والمقرض مثلا يتفقان على القرض ، ويتم العقد بالاتفاق ، فيلزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقرض برد مثله . ومن هنا نرى أن التسليم ، إذا رجعنا إلى طبيعة العقد ، ليس هو حتما السبب المنشئ للالتزام ، بل هو القرض الذي يسعى إليه المقرض من وراء التزامه برد الشيء . فلا يختلط في هذه العقود الثلاثة السبب الإنشائي والسبب القصدى كما يزعم خصوم نظرية السبب . ولا يبيّن من العقود العينية إلا الوديعة . وهنا يسلم كايّتان أن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر ، ويرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء ، إذ يختلط بذلك السبب الإنشائي بالسبب القصدى ، بل هو رغبة المودع عنده ، وقد قبل أن يحفظ الشيء دون مقابل ، في أن يسدى جميلا للمودع . أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملزماً للجائين ، وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر (١) .

أما في عقود التبرع ، فسبب الالتزام هوية التبرع ذاتها (animus donandi) كما تقرر النظرية التقليدية . ولا تختلط هذه التبة بالرضا كما يقول خصوم السبب . فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين : العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم ، وهذا هو الرضاء . والعنصر الثاني هو إرادته أن يكون هذا الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع ، وهذا هو السبب يتميز عن الرضاء كما نرى . والدليل على ذلك أن العنصر الأول ، وهو الرضاء بالالتزام ، قد ثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهوية التبرع ، كما إذا كتب شخص سنداً بدين في ذمته لآخر ، ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود

(١) كايّتان في السبب فقرة ٢٥ - ويتعرض كايّتان العقود الأخرى المقررة لجانب واحد : فالوكالة بغير أجر سبب الالتزام فيها هو إهداء جيل للوكل كإقراض الوديعة بغير أجر - والوعد بالتصدق سبب الالتزام فيه هو إتمام التصاعد النهائي - والالتزام بوفاء دين يختص السبب فيه ، فهو نارة يكون فكرة التبرع ، وطوراً يكون فكرة التصديق ، وثالثة يكون تحويل التزام طبيعي إلى التزام مدنى (ويرى كايّتان أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي ليس تعديلاً له بل هو إنشاء لالتزام مدنى السبب فيه هو الالتزام الطبيعي) - والكفالة سبب التزام الكفيل فيها العلاقة بينه وبين الدين ، وكذلك الإنابة في الوفاء ، وقد يكون هذا السبب تبرعاً ، وقد يكون وفاء لدين في ذمة الكفيل للدين أو في ذمة المالك للسبب ، أو قرضاً يحلله الأول لثاني (كايّتان في السبب فقرة ٢٦ - فقرة ٣٢) .

له ، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند . فهذا مثل نرى فيه رضا المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة . على أن كايتمان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباحث الدافع فيجعله هو السبب في حالتين : (١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذي دفع التبرع إلى تبرعه ، كما إذا وهب شخص مالا للجمعية خيرية واشترط على الجمعية أن تنشيء بهذا المال مستشفى أو ملجأ ، فإن سبب الحبة في هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشروط الذي اقترن به التبرع . (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هي لإرادة الموصى ، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع ، بل إن الباحث الذي دفع للموصى إلى تبرعه هو الذي يجب اعتباره سبباً للوصية . وفي هاتين الحالتين يسلم كايتمان باختلاط الباحث بالسبب .

ومن ذلك نرى أن كايتمان أدخل تحويراً في النظرية التقليدية ، حيث يجعل الباحث يخطط بالسبب في الحالتين المتقدمتين : وحيث يحدد السبب في العقد للزوم الجانبين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، وحيث يحدد السبب في عقد الوديعة غير المجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة . ولكنه مع ذلك يحفظ بجمهر النظرية التقليدية ، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يخلط بينهما إلا في فروض نادرة (١) ، ويجعل المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً ، فيكون السبب عنده شيئاً داخلاً في العقد لا منفصلاً عنه ، وهو واحد لا يتغير في أي نوع من العقود .

٢٧٥ - أنواع السبب الرئيس هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية

الهرمية : وإلى جانب كايتمان قام فقهاء يدافعون عن فكرة السبب ، وينادون بوجوب الاحتفاظ بها ، ويخالفون بذلك پلانيول وغيره من خصوم السبب

(١) إلى جانب الحالتين التين رأينا كايتمان يخطط فيها الباحث بالسبب توجد حالة ثالثة يحد فيها كايتمان الباحث أيضاً ، وذلك إذا أدخل المتعلقان الباحث في دائرة التعاقب (champ contractuel) ، وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه . ويختلف كايتمان في هذا عن النظرية الحديثة . فنه لا يكفي للاعتماد بالباحث أن يكون مبروراً من المتعلقين كما هو في النظرية الحديثة ، بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كايتمان في السبب ص ٢٤٤) .

الذين يقولون بوجود حذف هذه الفكرة من القانون .

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين يتصرون للسبب ، ومن أبرزهم جوسران وديريه وديوج وينكاز ، لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط في النظرية التقليدية ، بل يتوسعون فيه ويخلطونه بالباعث ، ويهجرون النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التي وضع أساسها القضاء الفرنسي ، والتي نتولى الآن بسطها .

المطلب الثاني

النظرية الحديثة في السبب

٢٧٦ - وجوب التوسع في تحديد السبب : لم يرض القضاء ، وهو الذي يواجه الحياة العملية ، عن النظرية التقليدية في السبب . فهي نظرية ضيقة عقيدة لا غناء فيها . وسار في طريق غير طريق الفقه التقليدي ، وتوسع في تحديد السبب ، فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنسيين ، لأنها هي النظرية التي تنتج في العمل . وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء في نظريته الجديدة ، إذ أدرك مدى ما فيها من خصوبة ومرونة . ولم يكن بد من أن تقرن الإرادة بالباعث الذي يحركها - وهذا هو التصرف المسبب وهو الأصل والقاعدة - أو أن تتجرد عن هذا الباعث ، وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء .

فنحن نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) استبعاد النظرية التقليدية .
(٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد . (٣) التصرف المجرد (acte abstrait) .

٥ - استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ - العيب المجزئ في النظرية التقليدية : رأينا أن الصياغة الرومانية الشكلية هي التي ساهمت كثيراً في تكييف نظرية السبب التي قلها دوما

عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هي النظرية التقليدية . والعيب الجوهرى فى هذه النظرية ليس فى أنها غير صحيحة . فهى ، حتى لو كانت صحيحة ، عقيمة على كل حال . وهى لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية ، إذ هى تحدد السبب فى أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً . وتطلب فيه شروطاً ثلاثة . ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب فى صورته المختلفة ، لتثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء .

٢٧٨ - كيف نستغنى عن السبب الموجود : تخرص النظرية التقليدية

على أن تشترط وجود السبب ، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم . وتأتى لذلك بمثلين : مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب ، ومثل من أمضى سند بمعاملة عن بينة واختيار .

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له : فكيف لم يتم ، فإن العقد يكون باطلاً . ولا يكفى هنا استظهار الإكراه ، فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال بينما العقد باطل كما قدمنا . ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب ، إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب . ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة : فهو التزام ببلغ مبلغ واجب بعقد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم ، فحل الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته ، فالإقرار المقرض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقرض مبلغ القرض حتى يلتزم برده ، إما لأن القرض عقد عيني لم يتم بالتسليم ، وإما لأن القرض عقد رضائي (وفقاً لقانون الجهاد) لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه (١) . وفى الحالين يسقط التزام من أمضى

(١) ويعتبر القرض فى هذه الحالة عقداً ملزماً للطائفتين ، يلتزم به المقرض أن يلم المقرض مبلغ القرض ، ويلتزم به المقرض أن يرد هذا المبلغ للمقرض . فهناك ارتباط ظاهر بين الطرفين ، وسنرى أن فكرة الارتباط فى العقود للطائفتين تنبئ عن فكرة السبب . فإذا لم ينفذ المقرض التزامه ، سقط التزام المقرض لا يوجد من ارتباط بين الطرفين .

السند ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل .

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صوري ، فإن قواعد الصورية هنا تكن وتفتت من نظرية السبب . فالسند صوري . والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر . على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً ، واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدي سهل الاستغناء عنه .

فالالتزام في العقد الملتزم للجائين سببه ، كما تقول النظرية التقليدية ، الالتزام المقابل . ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها بلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب . ذلك أن انعدام السبب جزؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحداً في الحالتين . ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية ، وفي هذا التفرق عيب في واضح . أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب . وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطلق الارتباط يقضي بأن العقد لا يوجد . وتسمح بفكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد يتقضى بعد وجوده — أي يفسخ — إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد .

أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً . إذ تقول هذه النظرية إن العقد المعنى سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يتم الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد المعنى . ونقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يتم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع ، فرضاؤه يتضمنه ضمناً نية التبرع . فإذا تبين أن هذه النية متعلمة ، فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون المبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب .

٢٧٩ - كيف نستثنى عن السبب الصحيح : ومن السبل أيضاً أن

نستثنى عن السبب الصحيح كما استثنينا عن السبب الموجود . فالسبب غير الصحيح ، كما رأينا ، إما سبب موهوم أو سبب صوري .

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستثناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية الحل . فالشخص غير الوارث الذي يتخرج مع وارث يتعامل في حق معلوم . وهذا هو حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ، وحال الدائن الذي يحدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه .

أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يطل العقد إلا إذا كان يحق سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع . وقد فرغنا من السبب الموهوم ، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

٢٨٠ - كيف نستثنى عن نظرية السبب المشروع : ومن السبل أن

نستثنى عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين فكرة الارتباط التي قمناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية اخل . وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة الحل ، إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . والوسيط الذي يتعهد بالنجاح في العثور على زوج صالح في مقابل مبلغ من النقود قد تعهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع الآداب ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع .

أما في العقود العينية والتبرعات ، فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم فالسبب في العقود العينية هو التسليم ، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع ، وعند ذلك لا ينقد العقد لعدم مشروعية

المحل لالعلم مشروعية السبب . والسبب في التبرعات هو نية التبرع ، وكيفيه يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة ، إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كايطان ، يمتحنون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع . بل إن القانون الروماني ذاته يمتد بالباعث في الوصايا وبعض المبات كما أسلفنا .

٢٨١ - وجوب استبعاد النظرية التقليدية في أية صورة من صورها :

وبتين مما قلناه ، أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة . وهي نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل ترجيح جميع النتائج التي يراد أن ترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب .

ويستوى في ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هي على أصلها ، أو أن تكون محورة على النحو الذي يقول به كايطان . وهناك من الفقهاء من يستبقو النظرية التقليدية ، ويقصرها على السبب في الالتزام ، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء ، ويجعلها في القدر لا في الالتزام ، وبذلك تمكن المقابلة بين السبب في الالتزام والباعث في العقد (١) . فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية .

وفي أية صورة من هذه الصور الثلاث لا نرى للنظرية التقليدية قسماً يحول لها حق البقاء ، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أياً كان الثوب الذي تلبسه . وما هي إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة ، فوجب أن تزول معها . ووجب في الوقت الذي تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها ، على أن تكون هي الفكرة الخصبة المنتجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي . وتنقل الآن إليها .

(١) أطر بلانيول وريبير وإسان ١ قرة ٢٥٢ ص ٣٥٠ - فيغورنو في العقد المعروف الفرنسي الإبطال وفي القانون للمارن قرة ١٢٤ ص ٤٣٢ - ٤٣٣ - أطر أيضاً أوربي جورو ٤ قرة ٣٤٥ حاشي رقم ١ - ديانت وكوليه حشاشير ٥ قرة ٤٦ .

٢٠٤- الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباحث الدافع إلى التعاقد

٢٨٢- السبب هو الباحث الدافع إلى التعاقد : لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذي يمشي في عمار العمل أن يقطع بها . لذلك لم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجاً صريحاً ، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث ، وخطت بينهما خطاً تاماً ، لا في التبرعات فحسب ، بل فيها وفي سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا المنهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية في يده متجة نافعة لا غنى عنها (١) .

فالسبب في نظر القضاء هو الباحث الدافع الوجه (mobile impulsif et déterminant) للملتزم أن يلتزم . ومادامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات ، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباحث مشروطاً ، وأن يكون الغرض الذي ترمى الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . ويواحد الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي ، فالباحث الدافع الرئيسي هو الذي يعتد به ، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون هو السبب . بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة (٢) ، وسائر الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق (٣) .

وما نحن رجسنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملي ، إلى نظرية الفقهاء الكئسين في السبب . وهي النظرية الخصبية المنتجة التي انحرف عنها دوماً إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سبباً في كل ما أحاط نظرية

(١) أظن في الصفحة ما بين جود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى ينكز ملحق بودرى ٢٥٠-٢١٣ .

(٢) أظن في تحليل القضاء إلى دافعين في نظرية السبب ١٥٢-١٦٥ .

(٣) دمج ٢٠٤٦ ص ٥٤٣ - ليلى أولان في مذكراته في الالتزامات في الربيع الأول من المجلد العشرين ص ٢٢٠ و ص ٣٢٨ - ص ٣٣٥ - ينكز ملحق بودرى جزء ٢ ١٠٨-١٠٩-١١٠-١١١ - جوران ٢٠٤٨ .

السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية (١).

٢٨٣ - مروية الباحث وكيف ينضبط : والباحث بالتحديد الذي أصفناه أكثر مرونة من السبب في النظرية التقليدية . ويكفي أن نعود إلى خصائص السبب ، نضعها إلى جانب خصائص الباحث ، نرى التقيض إلى جانب التقيض . فقد قلنا أن السبب معياره موضوعي وهو داخل في العقد لا يتغير في النوع الواحد من العقود ، أما الباحث فمعياره ذاتي وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث . وما دام الباحث على هذا القدر من الذاتية والاتصال والتغير ، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثاراً للزعزعة والقلقلة في التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يستد بالباحث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباحث مجهولاً من المتعاقد الآخر ، وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباحث له على التعاقد - وهو أمر مستكن في خفايا الضمير - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباحث ، ولا بد من ضابط يرجع إليه في ذلك . وقد رأينا مثل هذا في الغلط .

فا هو هذا الضابط ؟ أيكفي أن يكون الباحث معلوماً من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسط بين هذين الحلين ، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً في الباحث الذي دفع

(١) وليست نظرية الباحث خصة غيب في نطاق القانون المدني والقانون الخاص بوجه عام ، بل هي أيضاً خصة في نطاق القانون العام . فنظرية النصف في استعمال السلطة في القانون الإداري - وهي التي نرى على غرارها نظرية النصف في استعمال الحق في القانون المدني - إنما هي تطبيق لفكرة الباحث . فإذا كان الباحث للوظف التي صدر منه القرار الإداري غير مشروع ، كان القرار باطلاً لنصف في استعمال السلطة .

وكما جاز أن يقال بالنصف في استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث ، ألا يجوز أن يقال بالنصف في استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً لفكرة ذاتها ؟ فلا يكون السبب في التشريع أن يكون مخالفاً للمستور غيب ، كما يخالف القرار الإداري القانون ، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع معلوماً على نصف إذا هو متلا من حقوقاً مكتسبة لا ينفي أن تمس ، أو إذا كان تحت ستار أنه قاعدة عامة مجردة لم يتناول في الواقع إلا حالة فردية ذاتية ؟ هذا أمر شكفي بالإشارة إليه ، فليس هناك مكان للبحث فيه .

الحرف الأول إلى التعاقد : دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

ونأى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة . شخص يقرض نقوداً من آخر ليقامر بها . فالقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله ، وفي هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذي دفع المقرض إلى التعاقد^(١) . وقد يكون المقرض صديقاً للمقرض ، عالماً بغرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرآياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقرض معه . فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة . وهذه هي مرتبة الاتفاق . فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث ؟

رأينا كايبتان يقول بوجود الوصول إلى مرتبة الاتفاق . فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده في نظر كايبتان هو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد (dans le champ contractuel)^(٢) . ولا شك في أن الفقيه الفرنسي الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب ، ولكن دون أن يدخل في نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين . وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم ، ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث ، كما هي الحال في الغلط . وصري بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسي تدور كلها في هذا النطاق .

والفقه يميز بين المعاولات والتبرعات ، فيطلب في الأولى مرتبة أعلى .

(١) ومع ذلك يعتد ريبير بالباعث حتى إذا ائرد به أحد المتعاقدين ولم يعلمه التعاقد الآخر ، إغراءاته في فكرته المأثورة من وجوب إخضاع التبادل لقواعد الآداب (القاعدة الأدبية في الالتزاماتقرة ٢٥ من ٦٥) .

(٢) أنظر أيضاً قرة ٢٧٤ في الملمش — وانظر كايجان في السبب من ٢٤٤ .

ولكن الفقهاء يختلفون في تحديد هذه المرتبة .

فينبغي جوسران إلى أنه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من التعاقد الآخر ، حتى يكون في هذا وقاية للتعامل من أن يزعزع . أما في التبرعات فإن الإرادة التي تقف عندها هي إرادة المتبرع وحده ، فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف ، سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل لإرادتين كالمبة أو بإرادة واحدة كالوصية . وهو لذلك يمتد بالباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه ، سواء كان معلوماً من انطرف الآخر أو كان مجهولاً منه (١) .

وينبغي بولجيزان (Bois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاضين شيئاً من عنده ، فلإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد . ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض غير المشروع . أما في التبرعات فلإرادة المتبرع وحدها هي الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل . ومن ثم جاز الاختصار على هذه المرتبة السلبية وهي مرتبة العلم ، فهي كافية لاستقرار التعامل (٢) .

وإذا كان الذي يعيننا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة .

٢٨٤ - تطبيقات مقبسة من القضاء الفرنسي : نستعرض للقضاء

الفرنسي بعض تطبيقات للسبب مفهومها بمعنى الباعث الذي دفع إلى التعاقد ، مرجعين قضاء المصري إلى حين الكلام في نظرية السبب في القانون المدني الجديد . وتقع في هذا الاستعراض التقسيم الثلاثي المعروف للتصرفات إلى عقود

(١) أنظر جوسران في البواعث (Les Motivs) فقرة ١٥٩ من ٢٠١ ونفسه ١٦٠

من ٢٠٢ .

(٢) أنظر بواجيزان (Bois-Juzan) في السبب في القانون الفرنسي من ٥٧٣ - من ٥٨٠ .

ملزمة للجاليين عقود عينية وتبرعات .
 في العقود الملزمة للجانيين ، كثيراً ما يبطل القضاء في فرنسا عقوداً يكون
 الباحث إلى التعاقد فيها غير مشروع ، وإن كان السبب ، بالمعنى الذى تقول
 به النظرية التقليدية ، مشروعاً في هذه العقود . فالبيع أو الإيجار ، إذا وقع أى
 منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للمهارة ، وكان البائع أو المؤجر
 عالماً بقصد المشتري أو المستأجر ، يكون باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسى .
 وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين : (١) منزل معد للمهارة يباع أو
 يؤجر بعد إعداده ، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان ، وفي
 هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلاً لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية
 المحل مما . (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للمهارة ، باعتبار أنه مكان
 لا متجر ، ولو كان قصد المشتري أو المستأجر أن يديره للمهارة ، وفي هذه
 الحالة لا يكون العقد باطلاً طبقاً للنظرية التقليدية التى تميز بين السبب والباعث (١) .
 ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا التمييز ، فهو يبطل العقد في الفرضين ،
 جاعلاً السبب هو الباعث ، جرياً على النظرية التى يأخذ بها (٢) . ويفعل القضاء
 الفرنسى ذلك أيضاً في الأماكن التى تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد
 به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (٣) .

- (١) لوران ٢٥ قرة ٦٥ — بودرى وهال ١ قرة ١٥٧ .
 (٢) أنظر كتاب الإيجار المؤلف قرة ١١٣ ص ١٥٧ — وأنظر أيضاً كاييتان في السبب
 قرة ١١٠ — ومن الأحكام الفرنسية التى قضت بطلان عقد الإيجار إذا كان المتأجر قد قصد
 لإدارة المبنى المؤجرة للمهارة : محكمة ليون الاستئنافية في ١١ يولية سنة ١٨٦٢ سيرة ٦٣ —
 ٢ — ١٦٥ — محكمة باريس الاستئنافية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جزيت ص ١١٥
 ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ . وهناك أحكام قضت بطلان عقد الاستخدام في عمل يدور للمهارة :
 محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالووز ٩١ — ١ — ٤٨٤ . وأحكام قضت
 بطلان عقد بيع مفروشات محل يدور للمهارة : محكمة السين التجارية في أول مايو سنة ١٨٨٨
 جزيت ص ١١٥ ٨٨ — ١ — ٧٩٧ . وأحكام قضت بطلان بيع مشروبات اشتراها
 مرشح في الانتخاب لتقدمها إلى الناخبين حتى يحل محلهم على انتخابه وكان بائع المشروبات يرف
 قصد للمشتري : محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية في ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ دالووز ٤٠٤ —
 ٢ — ٢٠١ .
 (٣) محكمة بو الاستئنافية في ٢٨ يولية سنة ١٩٠٦ سيرة ١٩٠٧ — ٢ — ٩١
 (مصر) — محكمة نيس الابتدائية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جزيت ص ١٩١٠ —
 ١ — ١١٩ (مجرد مكان) .

وفي العقود البنية ، يطل القضاء الفرنسي قرصاً يكون قصد القترض منه. أن يتمكن من القارة ويكون القترض علماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في القارة أو لم يكن ، وسواء كان يفيد من هذه القارة أو لم يكن يفيد (١) . ويطل القترض أيضاً إذا كان القرض منه أن يتمكن القترض من الحصول على منزل يديره للمهارة (٢) ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له (٣) . وكالقترض رهن الحيازة (٤) .

أما في التبرعات فقد كان القضاء الفرنسي أشد إيماناً في جعل الباعث هو السبب . ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع ، وقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل ، أكان يريد الخير في ذاته ، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة ، أم يرى إلى غرض غير مشروع . فلذا تبين أن الباعث الذي دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع . والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها : (أولاً) التبرع لولد غير شرعي : يقضي القانون المدني الفرنسي بأن يكون نصيب الولد غير الشرعي في مال أبويه ، تبرعاً أو ميراثاً ، محصوراً في حدود ضيقة . فلذا زاد التبرع على الحد المفروض كان الإقصاء إلى هذا الحد واجباً ،

أما إذا كانت البتة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً . فالتبرع جائز ولو زاد على الحد ، ما دام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعي . ولكن القضاء الفرنسي يطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هي علاقة بتة غير شرعية ، فيجعل الباعث هو السبب . ولا يكتفي بإقصاء التبرع إلى الحد الجائر ، بل يطله جميعه (٥) . (ثانياً) تبرع التحليل لخليته : ويطل القضاء الفرنسي تبرع التحليل لخليته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد

(١) قس فرنسي في ٤ يولية سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٠٠ .

(٢) قس فرنسي في أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٨٩ .

(٣) قس فرنسي في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢ .

(٤) أنظر مذكرات الأستاذ لين أولان في الاترللت في الربح الأول من القرن العشرين

ص ٣٢٧ .

(٥) قس فرنسي في ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ - ١ - ٤٩٢ - وفي ٢٩

يونية سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ - ١ - ٣٥٨ .

كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستبقائها أو لإعادتها (١) . أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تمويض الخليفة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو في الواقع يعتبر وقاء لالتزام طبعي (٢) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في محل الالتزام المخالف للأداب . (ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تفصل عنه انفصالاً ودياً : انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) في القانون الفرنسي لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون ، أو يكون بالطلاق . وفيها عدا هاتين الحالتين فالإتفاق ما بين الزوجين على أن يفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع . فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودي يكون سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع ، ويطل التبرع (٣) . (رابعاً) التبرع المقرون بشرط : إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع ، بطل الشرط ، وبقي التبرع ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي . إلا أن القضاء الفرنسي قيد من هذا الحكم بفضل نظريته في السبب . فقد ميز في الشرط الذي يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع ، فالثاني وحده هو الذي يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً . أما الشرط الدافع إلى التبرع ، أي الباعث على هذا التبرع ، فقد اعتبره القضاء سبباً لالتزام للتبرع ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع ، فإن التبرع جميعه يكون باطلاً ، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (٤) .

(١) هنس فرنسي في ٨ يوليئنة ١٩٢٥ سيرة ١٩٢٧ - ١ - ٢٩٤ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١١٣ .

(٢) هنس فرنسي في ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيرة ١٩١٨ - ١ - ١٧٠ .

(٣) هنس فرنسي في ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧ .

(٤) هنس فرنسي في ١٧ يوليئنة ١٨٨٣ سيرة ٨٤ - ١ - ٣٠٥ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٠ - وفي ٢٣ يوليئنة سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ - ١ - ٤٩ - وفي ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٢٣٩ .

٣٩ - التصرف المجرد

(L'acte abstrait)

٢٨٥ - التصرف المسبب والتصرف المجرد : قلنا أن السبب ركن

من أركان الالتزام ، لا يقوم الالتزام إلا به ، على فرق ما بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعناه في النظرية الحديثة . وقد كان القانون الروماني لا يعتد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها في العقود الشكلية . ثم انتصر مذهب الرضاية في القرون الوسطى على يد الكنسيين ، فأصبحت الإرادة وحدها - مجردة من الشكل - ملزمة . ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتصلت من هذا القيد ، فهي من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل .

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية . فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقرن بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي الذي حرك هذه الإرادة ، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . فالدائن في التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لميب في الإرادة أو لعب في السبب . وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائته ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين ، أو يسرد ما دفع إذا كان قد وفى . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازع عاملاً ، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثاني . ومنذ انكسرت

الشكلية في العقود وساد ملهـب الرضائية ، انصـر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترده ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد فيه ينصرف على الإرادة كما رأينا . ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي ، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد ، تطورا تعاقب فيه عامل الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضا كان التصرف المجرد رجوعا مهذباً إلى التصرف الشكلي ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد — على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سلها واحتيج إلى أدوات إثبات ثابتة — لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى التقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة ، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة في ذلك ، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية (١) . ويتعارض مع الإرادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية .

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد في كل من القوانين الجرمانية

(١) ينسـر الدكتور أبو عافية — في رسالته « التصرف المجرد » ، القاهرة سنة ١٩٤٧ — التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة . وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذي يصح بض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة (فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها) . ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد « نظام استثنائي خارج على القواعد العامة ولا فرق في ذلك بين القانون الألماني والقانونين للبري والفرنسي » (فقرة ٨٥) . ويرضى أن يكون للمبار في التصرف المجرد هو تجرده عن السب ، وينصب إلى أن المبار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة لينسـر لإرادة ظاهرة .

ونلاحظ على هذا المنصب أن التصرف المجرد هو تجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد في الوقت ذاته عن السب ، وذلك سواء اعتبر السب عنصراً مستقلاً عن الإرادة الباطنة كما هي الحال في القوانين اللاتينية ، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مومات هذه الإرادة كما هي الحال في القانون الألماني . فالصرف المجرد يتميز في جميع الأحوال بتجرده عن السب . عل أن المنصب الذي يحول به الدكتور أبو عافية ضيف شيئاً جديداً ، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السب حسب ، بل أيضا بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها .

والتقنين اللاتينية ويختل القانون المصري في هذه القوانين الأخيرة .

٢٨٦ - التصرف المجرى في القوانين الجرمانية : لا نجد في التقنينات الجرمانية نصوصاً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنينات اللاتينية . فالتقنين النمساوى لا يشير إلى السبب إلا في المادة ٩٠١ ليقدر أن الباحث لا أثر له في صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد . والتقنين الألماني لا يعرض للنظرية بنص صريح . وتقنين الالتزامات السويسري لا يعرض لها إلا في صورة عرضية عندما ينص في المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه . ويعلل ذلك عادة بأن هذه التقنينات تأثرت بالقانون الروماني ، وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تتيقن لها نتائج عملية إلا في نطاق محدود ، وبخاصة في نطاق دعاوى الإثراء . ولكن بالرغم من أن هذه التقنينات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين : النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschäfte) وهي أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المبررة فيكون صحيحاً مشروعاً ، والنوع الثاني هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschäfte) لا يعتمد فيها بالسبب ولا بصيوبة الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتى بيانها . فالسبب لا يزال إذن موجوداً في القوانين الجرمانية ، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعي المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباحث ، ويشترط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد . أما الباحث فلا أثر له في صحة العقد ولو كان هو الذى دفع إلى التعاقد (١) .

(١) انظر كاجان في السبب فقرة ٨٣ - فقرة ٨٤ وينوع خلس من ١٨١ - من ١٨٢ . ويتعرض الدكتور أبو غانية في رسالته للتلز إليها (فقرة ٤١ وما بعدها) نظرية السبب في القانون الألماني من ناحية التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب . فيبدأ بتعديده ما يسميه الألمان « الإضافة إلى القيمة » (Vermögenszuwachs) ، وهي عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يكتسب لصالح شخصي بمحض عمل لافعى مشروع (تصرف قانوني أو عمل مادي) يصدر من القدر . وسبب « الإضافة إلى القيمة » هو عبارة عن القرض المباشر الذى يرى إلى تحقيقه للضيف للقيمة . ويحدد هذا السبب وفقاً لقيمة الأمان على أساس تقسيم ثلاث السبب موروث عن دطوى الإثراء في القانون الروماني ، يكون السبب بخصاله إما الرضاء (causa solvendi) أو =

وإلى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المبردة ، وقد أضح لما مجال واسع كما قلنا . وهى طائفتان : طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات .

فالأولى تنقل بها الملكية - والحق المعنى بوجه عام - دون اعتبار السبب . ذلك أن الملكية فى هذه التقنيات لا تنقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لابد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى ويطنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق فى السجل العقارى (Livre Foncier) . وعقد انتقال الملكية ، فى القانون الألماني ينوع خاص ، عقد مجرد ، تنقل به الملكية سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيماً . وإذا انقضى بعد ذلك أن العقد كان معيماً وأن الملكية انتقلت دون سبب ، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هى دعوى الإثراء بلا سبب . وبذلك يتوافر لهذا العقد ميزة الاستقرار والبات . فاعلى الشخص حتى يكتب أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقارى ، فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك ، ولو كان فى ذلك تضحية للمالك الحقيقى - أما التقنين السويسرى فلا يحمى الغير الذى اعتمد على السجل العقارى إلا إذا كان حسن النية (م ٩٧٣ من

= الإذانة (ouwen arudendi) أو التبرع (ouwen donandi) . والإذانة هى التصرف بمقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداداً أعطاه الغير واسترداد فبته كحق الفرض وفى الركالة ، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما فى العقود للزمة للجانبين فالبايع يحصل على دين باليمن فى مقابل التزامه بنقل ملكية للبع . ولا يختلط سبب الإضافة بل القيمة بالبايع عليها . ويلاحظ الفقيه الألماني فون تور أنه لا يجب الخلط بين السبب القانونى والأغراض البعيدة التى يرى إليها الفقيه ، أى البواعث (Beweggründe) التى تدفعه إلى تنفيذ التزامه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة . فإزاء كل سبب قانونى بواعث تختلف باختلاف لأحوال . فطبة مثلاً قد تم بناء على عطف أو بسبب الرأى العام ، ولكن هذه البواعث لا تستل فى حسابنا كعاصمة عامة لتقدير وجود الإضافة وتأثيرها القانونية إلا إذا كانت قد اشترطت فى التصرف القانونى . وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام فى الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب فى القانون الألمانى . ويكتفى هنا أن نشير إلى التعرُّب الواضح بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى القيمة فى الفقه الألمانى .

أنظر أيضاً فى نظرية ملادة للسبب فى الفقه الإيطالى ، على أسس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد ويعتبر أن لكل تصرف وظيفة قانونية فهذه الوظيفة هى السبب ، لى رسالة الدكتور أبوغافية للشر إليها فقرة ٣٦ .

التفتين الملقى السويسرى) . ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج . وتأيداً
لذلك نسوق مثلاً آخر نأق به من القانون المصرى . فقد قضت المادة ١٥
من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بوجوب تسجيل
دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها ، ويترتب على
هذا التسجيل أو التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة
على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير
بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل
التأشير أو التسجيل المشار إليهما . ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير
المالك فى عقار وهو حسن النية ، ويسجل عقده قبل أن يسجل المالك دعوى
الاستحقاق ، يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار . والقاعدة كما
نرى تنطوى على ضرب من التجريد .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات . وتشمل :
(أولاً) حالات معينة بذاتها : متصوفاً عليها . وهى - عدا الأوراق التجارية
والسندات - حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإجابة
فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه
فى عقود انتقال الملكية . فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق
الشخصى دون اعتبار للسبب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل ، فإذا تبين
أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء .
كذلك التزام النائب للنائب لديه بالوفاء التزم مجرد عن السبب ، فلا يستطيع النائب
أن يحتج على النائب لديه بما كان له أن يحتج به من دفع ضد النائب (أنظر
فى التفتين الألمانى : م ٣٩٨ وم ٤١٣ لحوالة الحق ، وم ٤١٤ وما بعدها
لحوالة الدين ، وم ٣٩٧ لتنازل عن الحق الشخصى ، وم ٧٨٤ للإجابة فى
الوفاء - وانظر فى تفتين الالتزامات السويسرى : م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق ،
وم ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين ، وم ١١٥ لتنازل عن الحق الشخصى ، وم ٤٦٨
للإجابة فى الوفاء) . (ثانياً) التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de payer)
والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette) ، وهما الصورتان
العامتان للتصرف المجرد . تضع التفتينات الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف
المجرد ، وتعيى أن يتفق اللاتن مع ملية على أن يكون التزام المدين أو اعترافه

بالدين مجرداً . فيوجد الالتزام في فئته منفصلاً عن السبب ، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فينخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام (١) . واشترطت المادة ٧٨٠ من القانون الألماني لصحة الالتزام المجرد أن يكون في ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة . ولا يشترط تحقق الالتزامات السويسرية الكتابة إطلاقاً (م ١٧) (٢) .

٢٨٧ - التصرف المجرد في القوانين الوضعية وفي القانون المصري :

أما القوانين اللاتينية ، وهي مشبعة بنظرية السبب كما رأينا ، فلا تسلم بالتصرف المجرد . أو هي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنيات الجرمانية . وإذا كان هناك نص في كل من القانونين المصري والقانوني يقضى بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م ١٣٧ من القانون المصري الجديد وم ١١٣٢ من القانون الفرنسي) ، فسرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات في السبب على عاتق المدين . وهناك فرق بين التزام مسبب ، يلحق على المدين فيه عبء إثبات انعدام السبب ، والالتزام مجرد عن السبب . فالالتزام الأول ، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع ، يكون العقد فيه باطلاً . أما في الالتزام الثاني ، وهو الالتزام المجرد ، فيبقى العقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته ، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول .

- (١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألماني في إجازة الالتزام المجرد أن المؤتمر التاسع لفتح الألمان ، تحت تأثير إلهام الفقيه الألماني المروف ، أقر هذا الضرب من الالتزام .
(٢) أنظر في موضوع التصرف المجرد في القوانين الجرمانية كايطن في السببقرة ٨٥ -
قرة ٨٦ وقرة ١٦٥ - قرة ١٧٤ - سأل في الالتزامات في القانون الألماني قرة ٢٦٠ -
قرة ٢٦٦ - مذكرات الأستاذ ليفي أولان م ٣٦١ - م ٣٦٤ - فينورنو قرة ١٢٨ -
دميج ١ قرة ٩١ و ٢ قرة ٨٤٧ - ويربط ديموج نظرية الالتزام المجرد بنظرية
الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو طافية في رسالته المشار إليها ، فادعنا تأخذ بالإرادة
الظاهرة كما هي فلا شأن لنا بالنية التي تسمى إليها هذه الإرادة ولا بالباعث الذي حركها
(نظرية العقد المؤلف قرة ٥٦٠) .

فالالتزام في القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب . على أن هذه القوانين تفر الالتزام المبرد في حالات معينة متصوص عليها بناتها ، وهي قليلة العدد . وقد نص القانون التجارى - حيث تشتد الحاجة للالتزام المبرد لاستقرار التعامل وسرعته - على عدد منها ، هي الكيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما القانون المدنى فقد نص على حالتين : التزام المتأب في الوفاء نحو المتأب لديه والزام الكفيل نحو الدائن .

وقتصر هنا على ما ورد في هذا الصدد في القانون المدنى المصرى الجديد . فقد نصت المادة ٣٦١ على أن ويكون الزام المتأب قبل المتأب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المتأب باطلاً لو كان هذا الالتزام خاضعاً للدفع من الدفع ، ولا يبق للمتأب إلا حق الرجوع على المتأب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (١) . أما في الكفالة فالكفيل أن يتسك بجميع الأوجه

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختصة في ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٠١ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ - وقرن حكماً لمحكمة الاستئناف المختصة في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ نصرت فيه هذه القاعدة على الإجابة الكفالة دون الإجابة غير الكفالة (ومى التى لا تطوى على تجديد الدين) ، أما القانون الجديد فنصه هو كآرأيتا عام مطلق لا يميز بين الإجابة الكفالة والإجابة غير الكفالة . أنظر أيضاً الدكتور أبو غافية في الصرف المبرد فقرة ٦٢ .

وينصب الدكتور أبو غافية (الصرف المبرد فقرة ٦١) إلى أن المتأب لا يجوز له أيضاً أن يتسك بالدفع التى تكون للتأب قبل للمتأب لديه ، فلو دفع المتأب الدين للمتأب لديه فإن هذا لا يمنع المتأب لديه أن يطالب المتأب بالدين الذى التزم به ، ويرجع التأب في هذه الحالة بدعى الإثراء على المتأب لديه . وترى ، مع محكمة الاستئناف المختصة (أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) التى انتقد الدكتور أبو غافية حكماً ، أن المتأب إذا دفع الدين للمتأب لديه كان هذا رجوعاً في الإجابة يستلزم للمتأب أن يتسك به ، فإنما طالب المتأب لديه بعد ذلك المتأب بالدين ، بلزلفنا أن يدفع المطالبة باقتضاء الدين ، وليس في نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع . ولكن إذا حول المتأب لديه حقه قبل المتأب إلى أجنبى ، بقى الزام المتأب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبى - فلك أن الصرف المبرد زيادة ظاهرة تفرقت عن الإرادة الحقيقية وعن الحب ، وفقاً يقضى به القانون لمصلحة يتوخاها . فالقانون هو الذى يتسك بزام التجريد فلا يبيحه إلا ضرورة ، ويقدر هذا الضرورة . ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للضرورة لا تخفيه ، ويقر بالنسبة إلى الأجنبى لأن الضرورة تستوجب بقاءه .

الى يحجب بها المدين (م ٧٨٢ مصرى جديد) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التى له أن يتمسك بها ضد المدين . فإذا كفل الكفيل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن بقتل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن (١) .

ويتبين مما قلناه أن القانون المصرى قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية ، وبقى في حظيرتها كما أسلفنا الإشارة . فاشتطت في التصرفات أن تكون مسية ، ولم يسلم بالتصرف المجرى إلا في حالات معينة بنواتها (٢) .

(١) أظن في هذا المي محكمة الاستئناف المتخلطة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ - الدكتور أبو طاعة في التصرف المجرى قرة ٥٩ - قرة ٦٠ .

(٢) وبلاط أن الشرائع التى تأخذ بالإرادة الظاهرة ينطب الأخص مجالا واسما لنظرية السبب ، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية ، وتقر التصرف المجرى . وأبنا ذلك في القوانين الجرمانية ، ويقول الآن كلمة موجزة عن الشريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزى . فالشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد . ويظهر أن هذا هو الذى منع من تقدم نظرية السبب فيها مع أنها شريعة مشبعة بالروح الدينية والحقية كالقانون الكسبى الذى هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة . وإذا أمكن أن نتخلص من نصوص الفقه الإسلامى نظرية السبب ، فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية . ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامى التمييز ما بين النقص المباشر الذى قصد التعاقدان الحصول عليه من النقد وبين الباعث له على التعاقد . فالباعث لا أثر له في صحة العقد إلا إذا ذكر صراحة وأصبح جزءاً من الاتفاق (أظن بحثاً في هذه المسألة في نظرية العقد للزوات قرة ٥٦٢) .

والقانون الإنجليزى كالشريعة الإسلامية نظرية السبب فيه نظرية مادية . والقعود عنه إما شكلية وعنده يكنى في صحتها الشكل وحده ، ولما رضائية وعنده لابد فيها من وجود اعتبار (consideration) وهو ما يتجلى السبب بالمعنى المقهور من النظرية التقليدية ، أى السبب المادى الداخلى الذى لا يتغير . وتختلف « الاعتبار » عن « السبب » في أمرين : (١) الفكرة في الاعتبار ليست هي الفهم الذى حصل عليه المقترن من وراء التزامه كما هو الأمر في السبب ، بل هو التزم الذى تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين (٢) نية التبرع لا تصلح « اعتباراً » في القانون الإنجليزى وتصلح « سبباً » في النظرية التقليدية . ومن هنا كانت عقود التبرع في القانون الإنجليزى شكلية ملحوظة من « الاعتبار » (نظرية العقد للزوات قرة ٥٦١) .

المطلب الثالث

نظرية السبب في القانون المصري الجديد

٢٨٨ - مسائل محلولة : تلقى القانون الجديد النظرية الحديثة في السبب ميراثاً عن القانون القديم والقضاء المصري ، فقد كان الفقه والقضاء في مصر ، قبل صدور القانون الجديد ، قد عبد الطريق لنيل النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبية . ولكن القانون الجديد خطا خطوة أخرى إلى الأمام ، إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان في يد الفقهاء الكنسيين عاملاً لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملاً لتحصيل الإرادة من عيوبها . ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط ، واقتصر في شروط السبب على المشروعية دون الصحة . ثم عرض في نص هام لإثبات السبب .

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب . (٢) الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد . (٣) إثبات السبب .

١٥ - اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب

٢٨٩ - التصور القانوني : نص القانون الجديد في المادة ١٣٦ على ما يأتي :

«إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المرسوم الجمهوري على الوجه الآتي : ١٨٩م : يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون سبب أو لب غير مشروع — م ١٩٠ : يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . وفي لجنة المراجعة أضيفت للمادتين في مادة واحدة على الوجه الآتي : «إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً» . وأصبح رقم المادة ١٤٠ في المرسوم النهائي — ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك ضمت لجنة القانون للنص بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٢٦ — ص ٢٢٨) .

وكان القانون القديم ينص في المادتين ١٤٨/٩٤ على أنه «يشترط لصحة التصهات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً» .
ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين . فنص القانون القديم يشترط في السبب الصحة والمشروعية . أما نص القانون الجديد فلا يشترط إلا للمشروعية ، إذ السبب غير الصحيح يدخل في منطقة الغلط كما قلنا .

ولم يصرح القانون الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من «السبب» . ولكن لا شك فى أنه يعتق النظرية الحديثة ، وينبذ النظرية التقليدية . فقد كان هنا هو شأن القانون القديم ، وهو لا يزيد فى صراحة التعبير عن القانون الجديد . وكان الفقه والقضاء فى مصر يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية . ولم يقطع القانون الجديد صلتة بهذه التقاليد ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضاة المصريين والفرنسي . وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى : «لم ينجح المشروع نهج التقنيات الجرمانية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على التقيض من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية وانصر معها لهذه النظرية . والواقع أن السبب كما يصوره القضاءان الفرنسى والمصرى بمعنى الباعث المستحث يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعة المادية ، وهى بعد نزعة يشتد طغيانها فى بعض الأحيان » (١) . وجاء فى موضع آخر من المذكرة

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٢٥ . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديل استعديها القانون الجديد فقالت : «ورغم أن المشروع قد ألزم حدود للتصور التقليدى لسبب كالمستسالة فى التقنيات اللاتينية ، إلا أنه عرض له تعديلات مغلوبة الأهمية . فبراعى أولاً أنه انصرف على رد عدم مشروعية السبب إلى تمارسه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنس منصوص القانون . وهو لا يغفل هذه الإشارة بخلاف ما اتجه التقنين الفرنسى وأكثر التقنيات اللاتينية حتماً فى ذلك بين الاعتبارات التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية المحل . والواقع أنه قد يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنس منصوص القانون إقرارها فى السمة أو تجردها من القائمة . فهى تتجاوز حدود القصور إذا صرفت مجردة «فى القانون» إلى الأحكام التفسيرية كافة . وهى تصبح عديدة الفناء إذا انصرف القصور من هذه البارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بحجة الأفراد . وبراى من ناحية أخرى أن المشروع قد أفضل ذكر «السبب الصحيح» ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهذا هو أهم التعديلات» (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٢٥) .

الإيضاحية ما يأتي : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يمثله القضاة
المصري والفرنسي في العصر الحاضر . فهو هذه المثابة الباعث المستحث في
التصرفات القانونية عامة لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات » (١) .

فالسبب إذن ، في نظر القانون الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد
(cause impulsive) لا مجرد الفرض المباشر المقصود في العقد (cause finale) . وهو
أمر قسوى خارج عن العقد يتغير بتغير البواحي . وكل ما أوردناه من النظرية
الجديدة في السبب ينطبق في القانون الجديد . ولا بد في القانون الجديد أيضاً
من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذي دفع
أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به
الباعث وليس في استطاعته أن يعلم به ، فعلم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون
العقد صحيحاً ، ويقوم لأعلى الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة ، ولكن جل
الإرادة الظاهرة ، شأنه في ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معية بنظر أو
تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به ،
وقد مر بنا ذلك (٢) .

وهذه النظرية الحديثة التي أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها ، كما قلنا ،
الفقه والقضاء في مصر . ونعرض الآن لكل منهما .

٢٩٠ - **الفق في مصر :** أخذ بعض الفقهاء في مصر بالنظرية التقليدية
في السبب ، ونقلوها عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردناها فيما تقدم (٣) .
ولكن كثرة الفقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وهي
نظرية القضاء الفرنسي ، فأثروها على النظرية التقليدية (٤) .
وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب ، فاستبقى النظرية التقليدية

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) وقد يقال أيضاً - كما قيل في صدد النظم والتدليس والإكراه - إن العقد يقوم
لا على التراضي ، بل على سبيل التوضيح .

(٣) أنظر الدكتور عبد السلام ذهبي بك في النظرية العامة في الالتزامات ص ١٤٥
وما بعدها - الدكتور محمد صالح بك في أصول التصديقات ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٤) أنظر القانون ١ ص ٦١ - ص ٦٣ - الدكتور محمد ومية في النظرية العامة في
الالتزامات ص ٣١٨ - نظرية العقد للزائف ص ٥٤٤ - ص ٥٤٨ .

وأكملها بالنظرية الحديثة على غرار التقنين اللبناني (١) .
ونحن لا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكليفها بالنظرية الحديثة .
وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا تقع فيها والاستثناء عنها ميسور .
هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين يخطفان
كل الاختلاف في الزعة وفي الأصل التاريخي . وقد رأينا أن إحداها تسربت
إلينا عن الفقهاء الرومانيين في القرون الوسطى وهي تحمل أثر الصنعة الرومانية ،
والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية دينية
وبعدوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية .
قيم إذن الربط بين نظريتين متافرتين كل هذا التنافر ! وما الجلودى في هذا
الربط ، والنظرية التقليدية يمكن الاستثناء عنها ، والنظرية الحديثة فيها وحدها
كل الغناء !

٢٩١ - القضاء في مصر : والقضاء في مصر كان أكثر تشبهاً من
الفقه مع النظرية الحديثة ، فأخذ بها في كثير من أحكامه ، وقد اقتفى في
ذلك أثر القضاء في فرنسا .

فقدت محكمة الاستئناف الوطنية في دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عفاً
عند رجل يأتمنه ، فاتفق ابن المودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور في

(١) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التيميدى إلى نظرية اللب الزدوجة التي
أخذ بها التقنين اللبناني ولم يأخذ بها القانون الجديد ، فكان في هذا الصدد ما يأتي : « وغفل
التقنين اللبناني عن سبب الالتزام وسبب العقد (م ١٩٤) . فبب الالتزام هو الباعث الذي يعض
إليه مباشرة . وهو بهذا الوصف يشتمل في صورة واحدة في كل ضرب من ضروب الالتزام ،
ويحتج جزءاً من الصالح نفسه . فهو في العقود الملتزمة للجانبين الالتزام المقابل ، وفي العقود
المبنية على اللغو عليه ، وفي التبرعات نية التبرع ، وفي الماوضات الملتزمة لجانب واحد التزام
مدنى أو دينى كان قائماً بين المتعاقدين قبل الصالح (م ١٩٥) . أما سبب العقد فهو الباعث
الشخصى الذى يدعو المتعاقدين إلى إبرامه، وهو لا يعتبر شفا من الصالح، فهو يختلف باختلاف الأحوال
في العقد الواحد . يد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلائل اللب في الفقه
التقليدي وبين دلائل الحديثة كما استخلصها القضاء . ولا كان التصور التقليدى ضيق الحدود فقد
روى الإعراس منه (مجموعة الأعمال الصحفية ٢ ص ٢٢٧) - أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .
ومن يقول بلزواج اللب الدكتور حشمت أبو سنيت بك فقرة ٢٤٢ ، وهو صريح في
هذا المعنى . أنظر أيضاً الدكتور بهجت بجوى بك ص ١٧٣ - ص ١٧٤ .

مقابل أن يكتب له عقداً يبيع بصفة أفدنة - بأن هذا البيع باطل لأن السبب فيه غير مشروع ، وأن الأمين الخائن لا حق له في طلب ملكية العين ولا في التمسك^(١) . ويلاحظ في هذه القضية أن البيع إذا كان جديداً دفع المشتري فيه ثمناً ، كان عقداً ملزماً للجائنين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع . أما إذا كان ، كما هو الغالب ، هبة في صورة بيع ، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب - وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليته هو استبقاء العلاقة غير الشرقة بينهما كان العقد باطلاً ، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليفة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً^(٢) - وقضت محكمة الرقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك في حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ويعتبر الباعث في هذه الحالة أمراً ملاحظاً في العقد وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد^(٣) .

على أن النظرية التقليدية في السبب لم تقدم لها مكاناً في القضاء الوطني ، وقد تردد صلبها في بعض الأحكام . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا عمل للبحث في عقد البيع في الأسباب التي يدعيها البائع كباعث على صدور العقد ، لأن الباعث من الأمور التي لا يلتفت إليها في صحة العقد ، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما^(٤) . وقضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض تقدماً إلى المقرض ، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد^(٥) . ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن معلوماً من الطرف الآخر فلا يعتد به ، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذي عتته في حكمها هو السبب المنشئ لعقد القرض .

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطني في الأخذ بالنظرية

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ التبرعات ٢ رقم ٢١٦ ص ٢١٠ .

(٢) ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ - المحفوظ ٢٤ ص ٢٣٠ .

(٣) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ الجلسة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢ .

(٤) ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ الجلسة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥ .

(٥) ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦ .

الحديثة في السبب . وإذا كانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت في حكم قديم لها (١) بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلا حتى لو كان المتأجر أو المقرض قصد إدارة العين للعاهرة أو استعمال المبلغ المقرض في إدارة العين للعاهرة ، وحتى لو كان المؤجر أو المقرض عالماً بذلك ، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية ، وأخذت في أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة . فقضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلا لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم (٢) . وقضت بأن اتفاق البائع والمشتري على الثمن الحقيقي للصفقة ، مع بقاءه غفياً حتى يذكرا ثمناً صورياً أقل من الثمن الحقيقي ، فيتمكن المشتري بذلك من تخفيض رسوم التسجيل بطريق الغش ، يكون اتفاقاً باطلا لعدم مشروعية السبب ، ولا يستطيع المشتري التمسك بالثمن الحقيقي في مواجهة الشفع ، كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن في مواجهة المشتري (٣) . وقضت بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد (٤) ، لكن إذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلاً في المقامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض

(١) ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية لقضاء المختلط ٣ ص ١٨ .

(٢) ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٢٦ .

(٣) ٢٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ — ومحكمة النفس قضاء في مسألة كهذه في حكم لها صدر أخيراً (لم ينشر بعد) ذهبت فيه إلى أن الشفع يعتبر من الغير بالنسبة إلى الثمن الصوري ، فله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقي ما دامت له مصلحة في ذلك . وعندنا أن الشفع لا يعتبر من الغير في عقد البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري الخفض ، لأن الغير في الصورة هو شخص ثبت له حق على العين على التصرف الصوري دون أن يكون هذا الحق ناشئاً عن التصرف الصوري ذاته ، والشفع شخص ثبت له حق على العين المتفوعة تنشأ عن البيع الصوري فلا يكون «غريباً» . وإذا أراد الأخذ بالثقة وجب أن يدفع الثمن الحقيقي ، قل هذا الثمن عما هو مذكور في العقد أو زاد . وستعرض لهذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في الصورة . أما قضاء محكمة الاستئناف المختلطة الذي أوردناه هنا ، فوجه الاستنباط به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب . ولكن تأخذ عليه أنه إذا اعتبر الاتفاق على الثمن الحقيقي باطلاً لعدم مشروعية السبب ، وجب أيضاً أن يعتبر الاتفاق على الثمن الصوري غير موجود لمعورته ، فيسقط الاتفاق في المآلين . ولا يستطيع الشفع أن يمسك لا بالثمن الصوري ولا بالثمن الحقيقي . بل هو لا يستطيع الأخذ بالثقة إطلاقاً لأن البيع الذي يرد بسببه الأخذ بالثقة غير موجود لعدم الثمن . (٤) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٩ ص ١٩٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ .

جميعاً (١) . وقضت بأن التوكيل المطلق ليس له صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب (٢) ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به (٣) . وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المخططة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليفته كان العقد باطلاً ، أما إذا كان هو التبرع عما أصاب الخلية من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح (٤) . ولم يكن القضاء المخطط يعتبر التبرع لولد غير شرعي باطلاً ، بل يعتبره وقام بالالتزام طبعياً ، ويعطيه حكم الوصية فيجوز فيها لا يزيد عن الثلث (٥) .

وإذا كان القضاء المصري - لا سيما القضاء الوطني - قد أخذ في الماضي بالنظرية التقليدية في بعض أحكامه ، فلم يعد بعد صدور القانون الجديد محل للأخذ بهذه النظرية . وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التي احتتها القانون الجديد ، على ما تصرح به الأعمال التحضيرية فيها قننناه .

٢٤ - الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة النلط في القانون الجديد

٢٩٢ - إبعاد « السبب غير الصحيح » من دائرة السبب إلى دائرة

الفلط : قلنا عند الكلام في نظرية الفلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والفلط في الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية في كل من الفلط والسبب قائمة . فالنظرية التقليدية في الفلط كانت تميز بين الفلط في السبب وهو يحمل العقد باطلاً ، وبين الفلط في الباعث وهو لا يؤثر في صحة العقد ، والنظرية التقليدية في السبب كانت تميز بين السبب أى الغرض المباشر من الالتزام وهو الذى يعتد به ، وبين الباعث وهو عديم الأثر ، ومن ثم كان مفهوماً أن الفلط في السبب يحمل العقد باطلاً وأن الفلط في الباعث لا يؤثر في صحة العقد ، لأن السبب بالمعنى التقليدى ألصق بالعقد من الباعث

(١) ٢٤ يولية سنة ١٩٣١ جلزيت ٢٢ رقم ٢٧٩ م ٢٤٩ .

(٢) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٠٣ .

(٣) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ م ٥٠ .

(٤) ٨ يولية سنة ١٩١٦ جلزيت ٦ رقم ٥٣٦ م ١٧٦ .

(٥) محكمة الاستئناف المخططة في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ م ١٩٠ .

فالغلط فيه أمر خطير من شأنه أن يهدم العقد ، أما الباعث فأمر خارجي عن العقد فلا يعتد بالغلط فيه .

ثم تطورت نظرية الغلط ، فاستبدلتها بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة . وأصبح الغلط في الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا نحن واجهنا هذه النظرية الحديثة في الغلط بالنظرية التقليدية في السبب ، يبي الفرق قائماً بين الغلط في السبب بمعناه التقليدي وهو الغرض المباشر من الالتزام وبين الغلط في الباعث وهو أمر خارجي عن العقد ، وأمكن تمييز الفرق في الحكم : فالغلط في السبب الصيق بالعقد يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث الخارج عن العقد فلا يجعل العقد إلا قابلاً للإبطال .

ولكن لما تطورت نظرية السبب هي الأخرى واستبدلتها بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة ، وأصبح السبب هو عين الباعث ، لم يعد هناك محل لتمييز بين الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط في الباعث . فكلاهما غلط في الباعث . ووجب إذن أن نترك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب ، حتى تدخلت كل دائرة في الأخرى ، فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداهما ، وإلا وهما في المأزق الذي أشرنا إليه عند الكلام في نظرية الغلط ، ووقع خلط عجيب ما بين نظريتي السبب والغلط ، إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيها بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المخطوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

لذلك كان لا بد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية الغلط واستبدال النظرية الحديثة في كل منهما بالنظرية التقليدية . وقد لفت ذلك نظر بعض الفقهاء ، ولكنهم لم يسيروا في ذلك برأى حاسم (٢) .

(١) أنظر آخافرة ١٧٣ .

(٢) من ذلك ما ورد في بلانيول وريير وبولانييه (الطبعة الثالثة ١٩٤٩) ٢٠٥قرة ٢٠٥ وقررة ٣٠٤ وقررة ٨٧٤ (وقد سبق الإشارة إليها آخافرة في حاشية القررة ١٧٣ من هذا الكتاب) من أن الغلط في الباعث هو في الواقع غلط في السبب ، والجزء في الحالتين هو الإعلان الذي لا الإعلان المطلق ، وذلك لأن شرط المحبة في السبب تراد به حايطة مصلحة فردية =

أما القانون الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هذه المنطقة المشتركة ما بين السبب والغلط ، واحتير أن السبب غير الصحيح (أو السبب المخطوط) هو والغلط في الباعث شيء واحد ، كلاهما غلط في الباعث كما قلنا ، وكلاهما يعمل العقد قابلاً للإبطال . وبعد أن كانت المنطقة المشتركة المشار إليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذي بيناه ، استخلصنا القانون الجديد الغلط ، واخفى من نصوص السبب في القانون الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح . وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية .

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث ، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط في السبب الضيق الضيق الصيق بالمقد الذي تقول به النظرية التقليدية في السبب ، بل صار هو عين الغلط في الباعث الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط . ووجب أن يعطى الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحكم الذي يعطى للغلط في الباعث ، وهو قابلية العقد للإبطال لا بطلانه . فيترجح الغلط في السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط ، ولا يصبح هناك عمل للكلام عن السبب غير الصحيح في نظرية السبب ، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً في الباعث ، وعمل الكلام عنه إنما يكون في نظرية الغلط . أما الغلط في السبب بمعناه التقليدي فقد قلنا أنه غلط يمنع من تكوين العقد لاتعدام الرضاء أو لاتعدام الحل ، قال الكلام

— إجراء الإخلال بالاطلاق النسبي ، أما شرط المعروية فتزاد به ما يتصل بمصلحة فجزاء الإخلال به بالاطلاق المطلق — أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانويل وروبير وإسنادنقرة ٢٦٣ .

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلي بحيث يدعى بك (أسول الاتزان) من ١٧٩ و ١٨٦ و ٢٣٢) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح ، فهو يصوغه على أنه تصور الفرض المباشر الذي اتجهت إليه لوانة التصالح عن إجابة المخالف الرئيسي الذي حازه التصالح ، ويقول إن هذه الصيغة هي بينها صيغة السبب غير الصحيح ، وهي على هذا الوجه صالحة لتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تضمين الغلط في غلط الشخص والغلط في المعنى والغلط في غير ذلك ، لأن البقرة ليست بذات الشخص أو بذات المعنى وإنما يفرض الثاني أي بالمخالف الرئيسي . فإذا ما خلس له أن حالي الغلط والتدليس هما بينهما حالة السبب غير الصحيح ، جعل الجزاء في كل هذه الأحوال الإخلال النسبي لا الإخلال المطلق . فهو يعطى الغلط بالسبب في مالمية ، ثم يعطى السبب بالغلط في جزائه . وقد سبق الإحالة إلى ذلك (أنظر آخراً حاشية الفقرة ١٧٢) .

فيه هو أيضاً لا يكون في نظرية السبب (١).

وأما الاعتبارات التاريخية فترجع إلى تاريخ نظرية السبب ، وكيف استخدم الفقهاء الكنديون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا . فقد رأينا أنهم هم الذين صنعوا نظرية السبب ، وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة . وقد استخدموها بادية الأمر لحماية مصلحة عامة هي المشروعية . ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول ، فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصة فردية هي تحرير الإرادة من حيب القفل . فن وقع في غلط دفعه إلى التعاقد ، كمن تقاعد لسبب غير مشروع ، يستطيع أن يتمسك بنظرية السبب . وظهر أن فكرة القفل دخيلة على نظرية السبب ، فالأولى تحمي مصلحة خاصة للأفراد ، أما الأخرى فتحمي مصلحة عامة للجماعة . والأولى رجاء نظرية السبب سيرتها الأولى ، فتحمي لحماية المصلحة العامة . وينقل السبب غير الصحيح إلى دائرة القفل ، ولا يبقى في دائرة السبب إلا السبب غير المشروع ، وهذا ما فعله القانون الجديد .

٢٩٣ - لا يبرم السبب في القانون الجديد إلا شرط واحد هو

أنه يكون مشروعاً : ومن ثم لا نجد في القانون الجديد عبارة « السبب الصحيح » التي كنا نقرأها في القانون القديم ، فقد اختفت وأخلت باختصاصها الميدان للسبب المشروع وحده . وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من القانون الجديد تنص على أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : « ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب غير الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهنا هو أهم التصديين . فالقانون النقطي هذا الشأن لا يبدو أن يكون غلطاً في الباعث . وقد كان يخلق التنبه إلى ما في الإيحاء على التفرقة بين القفل والسبب غير الصحيح من حيث بأحاديث الطبقات والفوارق الصناعية ، بعد أن أسابت فكرة القفل من العنما جعلها تجلوز نظامها للمدى النقي ، وتصبح فكرة حية تتناول الباعث المتحت ، وتنتهي بذلك إلى صورتها السوية في « القفل الجوهري » . ولهذا رأى إخراج « السبب غير الصحيح » أو القفل في السبب من بين أسباب البطلان المطلق واعتباره سبباً للبطلان النسبي ، شأنه في ذلك شأن سائر ضروب القفل . ولم يبق للمشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب المورى . ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فكرة المشروعية ، وجعل السبب الحقيقي مرجع الحكم فيها يرتب القيد من آثاره ، فإن كان هذا السبب مشروعاً صح القيد ، وإن كان غير مشروع بطل القيد لعدم مشروعية سببه لا لمصورة » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦)

إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً . وكان القانون القديم في المادتين ١٤٨/٩٤ يتطلب لصحة التعهدات والوفود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً . فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً . ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت ، وإليها وحدها عادت في القانون الجديد .

والواقع من الأمر أن السبب ، بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد ، يجب استبقاؤه ، على ألا يستلزم إلا الحياة المشروعية في التعاقد . ذلك أنه هو وحده الذي يستلزم أن يقوم بهذه الحماية في صورة السبب المشروع ، ولا يفي عنه ركن آخر ، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء (١) . ولكن عند هذا الحد يجب أن تقف مهمته ، فلا تتجاوز ذلك إلى حماية العاقد ضد الغلط في صورة السبب الصحيح ، فإن نظرية الغلط تقف عندئذ عن نظرية السبب ، بل وتفضلها من حيث الجزاء .

وقد فهم القضاء ، في مصر وفي فرنسا ، وهو يلامس الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه . فراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع في إبطال العقد . وقل أن نجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط في العمل بالغلط . ويكفي للتثبت من ذلك استظهار ما أوردناه من أحكام القضاء المصري والفرنسي في السبب لئلا نراها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا للسبب غير الصحيح (٢) . وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أن القضاء قد اتجه اتجاهاً علمياً متجاً في نظرية السبب . وقد قام على هذا

(١) ولا يجوز أن يقال إنه يمكن الاستثناء عن مشروعية السبب ، والاكتفاء على اشتراط أن يكون العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب كما فعل المحققين الألمان مثلاً . فإن هذا الاختلاف لا يستقيم إلا إذا قيل إن القصد به أن يكون غرض العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب . وغرس العقد هو سببه ، والتصير عن الترضي بالسبب أدق من ناحية الصياغة الفنية .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانويل وريبير وبولانييه (المجلد الثالث سنة ١٩٤٩) ٢٠ فقرة ٢٨١ ، وقد جاء في هذه الفقرة ما يأتي : « لم يستفهم القضاء كثيراً ففكر أن استلزام السبب والسبب غير الصحيح ، فقد كان لديهم الفرض أداة أخرى من إبطال العقد بالغلط . ولكنه لم يكتف به من ذلك استغناء بل مدى مبدأ فكرة السبب غير المشروع ، قد أعطته المادة ١١٢٣ وسيلة من وسائل الصحة الفنية لترتيب جزاء القاعدة التي اشتملت عليها المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي » .

النحو بمهمة خير قيام . أما الفقه فلا يزال مطلوباً منه أن يقوم بمهمة هو الآخر ، فيعين القضاء على شق طريقه ، ويصوغ له نظرية جديدة في السبب تمتشى مع مقتضيات العمل . وقد سبق القانون الجديد الفقه إلى ذلك ، فخطا بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة في تاريخ تطوره الحديث . فاقسب أقن السبب بعد هذا الضيق الذي كان ملحوظاً في النظرية التقليدية ، وخلص من الشوائب التي كانت تعتريه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هي نظرية الخلط .

٢٩٤ - مأخذاه على القانون الجديد : على أن هناك مأخذين على القانون الجديد : تجمعا في العبارة التي صدرت بها المادة ١٣٦ . فقد جاء في صدر هذه المادة : « إذا لم يكن للالتزام سبب » . فالسبب قد نسب إلى الالتزام ، وكان الأولى أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما رأينا . ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا احتمال لا يتصور ، فما دمتما نجعل السبب هو الباعث ، فكل لإرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذي تمييز (١) .

والعبارة التي نتخذها أليق بالنظرية التقليدية ، ففي هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكون غير موجود . ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية ، فإن الأعمال التحضيرية صريحة في أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة (٢) .

٣٥ - إثبات السبب

٢٩٥ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد على ما يأتي :

١ - كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك .

(١) وكان من الخير أن تصاغ المادة ١٣٦ على الوجه الآتي : « إذا التزم التعاقد لسبب غير مشروع ، كان العقد باطلاً » .
(٢) ثرون الدكتور أبو عالية في التصرف المرددة ٥٤ م ١٩٩ مجلس دهم .

٢٥ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فقل من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه (١) .
وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم ، ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة . فقد كان القضاء المصرى يطبقها من قبل . ولم يفعل القانون الجديد إلا أن قننها لما لها من أهمية عملية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي:
« أما فيما يتعلق بإثبات السبب فتمتة قاعدتان أساسيتان : (أولاهما) افترض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد . (والثانية) افترض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية (٢) .

وينين مما تقدم أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١٥ - يفرض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ، وللم يذكّر هذا السبب في العقد ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك . ٢ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . ٣ - فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فقل من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه . وقد اقترح في لجنة المراجعة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة وحذف عبارة « أو على عدم مشروعيته » من الفقرة الثالثة لأنها تنص على حالة من حالات صورية السبب ، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظي على الفقرة الأولى ، فوافقت اللجنة على هذه الاقتراحات ، وأصبح نص المادة النهائي (م ١٥١) مطابقاً لنص الوارد في القانون الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل .
وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهي : « فإذا قام الدليل على صورية السبب فقل من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » ، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات ، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقرار بقائها . وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٧ .

في القعد . (والثاني) أن يكون هناك سبب ذكر في القعد (١) . ونستعرض كلا من القرضين .

٢٩٦ - السبب غير مذكور في القعد : وهذا هو القرض الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ . وقد كان المعلق القانوني يقضى بأن الدائن ، وهو المكلف بإثبات الدين ، هو الذي يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونه . ولكن القانون الجديد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للقعد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب . على أن القرينة قابلة للإثبات بالعكس . فإذا ادعى المدين أن للقعد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته . وله الإثبات بجميع الطرق ، بما في ذلك اليقينة والقرائن (٢) . وقد كان الفقه (٣) والقضاء (٤) في مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نص ، فجاء القانون الجديد مؤيداً لما كانا قد قمتا .

(١) سواء ذكر في السند المكتوب الذي يثبت القعد أو ذكر عند التعاقد ذاته . وغنى عن البيان أن السبب الذي يذكر في القعد هو الباعث النافع للتعاقد ، وإن كان الباعث ظن أن يذكر في القعد . ويبدو أن نص المادة ١٣٧ من القانون الجديد أكثر مساهمة في إعانة في النظرية التقليدية ، لا سيما عندما تتحدث للذكر الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب . ولكن لا شيء يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث في القعد ، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على صورة السبب أو على عدم مشروعيته .

(٢) قضى مدني في ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٥١ س ٢٨٤ - وفي ١١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٢ س ٥١٧ - استئناف وطني في ١٨ مارس سنة ١٩٤٤ بالمجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ س ١٦١ - محكمة استئناف مصر في ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ بالحكمة ٢٦ رقم ٤٩ س ١٠٥ .

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون بطلاً كما رأينا ، أما الثاني فلا يبطال ولكن يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فينتظس منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه . وقد تقدم ذكر ذلك في التصرف المجرد .

(٣) دى حلسر ٣ س ١١٧ فقرة ١٤ - هالتون ١ س ٢٤١ - والتون ١ س ١٠٢ - عبد السلام ذهني بك فقرة ١٧٣ - نظرية القعد للزلف فقرة ٤٩٩ - الدكتور حلي بهجت بمؤدى فقرة ١٠٦ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٤ .

(٤) استئناف عسقلان في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩٠ س ١٩٠ - وفي ٢ فبراير ١٩١١ م ٢٣ س ١٥١ - وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤٧ س ٣٧٤ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٣١ - ٢٢٢

ويلاحظ أنه إذا ادعى المدعى أن العقد سبياً غير مشروع وأثبت ذلك ، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب . وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . ويستوى في ذلك ألا يكون السبب مذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتي .

٢٩٧ - السبب المذكور في العقد : وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ . وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذي رضى المدعى أن يلتزم من أجله . والقرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدعى أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي ، بل هو سبب صوري يترتب سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين : (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن (١) . (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع .

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب . وكانت قيمة التزامه تزيد على عشرة جنيات ، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم ترد قيمة الالتزام على عشرة جنيات إذا كان

م ٤٣ م ٣٩٠ - وفي أول أبريل سنة ١٩١٣ م ٥٥ م ١١٦ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٥٧ م ١٨٣ .

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر في العقد فهو مفروض ، وعلى المدعى إثبات العكس . أما إذا ذكر وأثبت المدعى صوريته فإن عبء إثبات السبب الحقيقي ينتقل إلى الدائن (قس مدني في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ م ١٢٨ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ م ٤٦٩) . وانظر في أحكام القضاء المصري في هذه المسألة نظرية العقد المؤقت م ٥٧٩ حاشي رقم ٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقي ، كان إقراره هنا غير قابل للتجزئة ، وكان الالتزام قائماً ومحبباً ما لم يثبت للمدين أن هذا السبب الأخير غير صحيح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ م ١٥٠ - وفي هذا النسخ استئناف غلط في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٠٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد الفرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتسك به ، فإذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى متسكبه في تسليبات وظروف مختلفة قبل توقيع السندات -

السبب الصوري مكتوباً ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتاب .
وإذا أراد المدعي أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب ، فله أن يثبت ذلك
بجميع الطرق ومنها البيعة والقرائن ، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً ،
ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لأن إخفاء عدم المشروعية غش ، والغش يجوز
إثباته بجميع الطرق (١) .

الفرع الرابع

الجزاء : نظرية البطلان (*)

٢٩٨ - نظرية البطالون في القانون القديم وفي القانون الجديد :

بطالون القدر هو الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية

وبعدها أنها كانت تستجدي للدين وتذكر له إحصائه وترعه لها ، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها
دليلاً كتابياً كافياً في حق وجود قرض خطي (١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ١ رقم
٦٧ ص ١٣٨ - ويلاحظ أن السبب هنا مفهوم بالمعنى المعروف في النظرية التقليدية ، وبني
عنه ركن التراضي على عقد القرض ، فيكون عقد القرض ذاته في هذه القضية هو العقد الصوري ،
ولا محل للكلام في ضرورة السبب ، إلا إذا اتخذت طبيعة العقد قرينة على سببه ، وهذا ما يقع غالباً) .
(١) استئناف مصر الرطيق ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٣٤ -

وفي ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ - وفي ٢٣ يناير
سنة ١٩٣٢ الحاملة ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩ - استئناف مخطوط ٧ يونية سنة ١٩١٧ م
٢٩ ص ٤٨٩ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٢٣
م ٣٥ ص ٤٨٣ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ - هنا وإذا تبين أن
سبب السند هو الرضا الفاضل فلهذين إثبات ذلك بجميع الطرق لأن السبب غير مشروع
(استئناف مصر الرطيق في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ -

استئناف مخطوط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧
م ١٠ ص ٤٨) . على أن مجرد الادعاء بوجود الرضا الفاضل لا يكفي للتخفيف في إنباته ، إذ أنه
لا يجوز قبول الإنبات بالبيعة على ما يخالف المكتوب ما لم تدل الوقائع المتأخرة في الدعوى على أن
هناك قرائن قوية على وجود الرضا الفاضل (استئناف وطني في ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة
الرسمية ١٤ رقم ٨٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ -
استئناف مخطوط ٣ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص ٢٦٣ - وفي ٤ مارس
سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣) . فلذا ثبت أن هناك نواتج ربوية ، فضلاً
عن ذلك أن يثبت كم كان المعدل للقرض ، فلذا لم يثبت ذلك فإن المحكمة تجل اعتراف المدعي
(استئناف مخطوط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ وهو الحكم
الذي سبقت الإشارة إليه) .

(٥) بنى المرجع : بنو مارس ٦٤٦ وما بعدها - بشكل (ملحق بوردى) ٢ ص ١ -

لشروطها ، على النحو الذى يبينه فيما تقدم . ولذلك كان منطقياً أن تتكلم في بطلان العقد على أثر الفراغ من الكلام في أركانه .

ولم يكن القانون القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان ، بل كنا نجد القواعد العامة في البطلان تحتويها نصوص متناثرة في أمكنة متفرقة متباعدة ، كما هو شأن القانون المدنى الفرنسى . أما القانون الجديد فقد عني بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً ، جمع فيه النصوص الرئيسية التى ترسم القواعد العامة في بطلان العقد (م ١٣٨ - ١٤٤) . ونحن تبسط نظرية البطلان في هدى هذه النصوص (١) .

== وما بعدها -- بلاتول وبرير وإسمان ١ فترة ٢٨٠ وما بعدها -- إرنغ : أعماله المتناثرة جزء ٢ من ٣ وما بعدها -- هيلر في بطلان الشركات والشركات الوافية -- دروجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ -- لوايه (Loyet) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ -- جايو (Japiot) رسالة من دييون سنة ١٩٠٩ -- بيد ليفر (Piedelievre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ -- جيلار (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ -- كافاليوتى (Cavalotti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ -- هيلنار (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ -- لوترسكو (Lutsenko) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ -- برتران (Bertrand) رسالة من ليل سنة ١٩٣٩ -- السندور (Abindor) في بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ -- دى سوتو (De Sotto) في بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ -- نظرية العقد للوفية ٥٦٥ وما بعدها -- الدكتور حلى بيجت بدوى بك فترة ١٤٥ وما بعدها ومقلاته في آثار الصرعات الباطنة في مجلة القانون والاقتصاد ٣ من ٣٧٩ وما بعدها و ٤ من ٣١٧ وما بعدها -- الدكتور حشمت أبوسيت بك فترة ٢٤٨ وما بعدها .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في النظر العامة للبطلان ما يأتي :
« اتفق المشروع ما تستهدف له التقنيات اللاتينية من مآخذ حين نجتمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات في صيد واحد . وقد نهج في هذا الشأن نهج التقنين البرازيل . وجعل البطلان نظرية جامعة ، فبأنك مكاناً مناسباً لطاعة من الأحكام تآثرت وانقرض عقدها مع ما يبينها من سبب جامع ، كالنصوص الخاصة بالزام نفاذ الأملية برد ما تمسكه عند إبطال العقد . وقد استمسك المشروع بتقاليد المنصب اللاتيني فيما استحدثت في هذا الشأن بوجه عام . على أن المذهب الجرمانى لم يدم أثره في هذه الناحية . فقد اقتبس المشروع أحكاماً عامة من التقنين الألمانى والويسيرى . فن ذلك ... نظرية انقراض العقود ونظرية تحويل العقود أو اغتلابها . وتطبق الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبى على شق من العقد ، وتطبق الثانية إذا توافرت للعقد البطلان أو القابل للبطلان شروط انقضاء عقد آخر (أنظر المادتين ١٣٩ ، ١٤٠ من التقنين الألمانى) . وراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد نص على تخادم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات ، مستلهاً في ذلك تقييد الالتزامات الويسيرى (أنظر المادة ٢٢٩ ومضى =

٢٩٩ - ضرورة تمييز البطون عما يقاربه من النظم : وبمن منذ البداية أن تميز البطلان (nullité) عما يقاربه من النظم . تميز بينه وبين عدم السريان (inopposabilité) ، وبينه وبين النسخ (résolution) .
فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك .

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى في حق الغير . فالعقد الحقيقي في الصورة صحيح فيما بين المتعاقدين ، غير نافذ في حق الغير . والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتاج به على الغير . والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير . والعقد الذي أبرمه المدين المصير إضراراً بحق دائته صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصة . والبيع في مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو في الوقت ذاته لا يسرى في حق الغير . فيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري ، ثم هو لا يسرى في حق المالك الحقيقي ، وقد يميز المشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالإجازة (confirmation) على ما سئرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد (ratification) . ويلاحظ فيما قلناه من الأمثلة أن « الغير » ليس له مدلول واحد ، فيختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر .

والفرق بين البطلان والنسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد ، أما في النسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا يتخذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقدين الآخر ، ولذلك لا يكون النسخ إلا في العقد الملزم للجائين .

== تبيل المنقصة واحدة) ، هنا فضلاً عن التقدم الطويل المقرر بمقتضى القواعد العامة . وبراغمي أن مبدأ سريان التقدم الصغير في هذه الحالة يخلف عن مبدأ سريان التقدم الطويل ، ولذلك يكون لهذا التقدم الطويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث (عمومة الأعمال الضمنية ٢ من ٢٢٢ - من ٢٢٣) .

٣٠٠ - أنواع البطلان : لما كان البطلان بعدم العقد ، فإن المنطق يقضى بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج ، إذ عدم لا تفاوت فيه . ولكن نظرية البطلان ، مع هذه البساطة المنطقية ، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية ، ولا اعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية ، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تباعاً لذلك إلى مراتب متدرجة . ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثي للبطلان . وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين : ففكرة الفقهاء يكفون بتقسيم ثنائي ، وبعضهم لا يكفيه التقسيم الثلاثي وينهب إلى تنويع البطلان مراتب متعددة .

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قلنا إلى مراتب ثلاث : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبي (nullité relative). وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون . وهذه الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تحتل . وركن من هذه الأركان هو الرضاء - لا بد أن يصدر من ذى أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً . وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل في العقود الشكلية ، فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً . وشروط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً ، وشرط السبب أن يكون مشروعاً ، فإذا احتل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً . وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه ، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً .

وكثرة الفقهاء تنحى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعقد والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . إذ التمييز يصطدم مع المنطق ، وليس بنى فائدة . أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني ، فهو يستوي في الانعدام مع العقد المنعقد ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعقد أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت في عدم كما قلنا . وأما أن التمييز غير ذى فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعقد : كلا العقدين لا ينتج أثر ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التهاكم . والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق غلطاً فقهياً

الفرنسي في مناسبة عقد الزواج، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص، صيانة له من التزعزع. فقامت حالات بطلان لا شك فيها، ولكن لم يرد في شأنها نص، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه. فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطي هذه الحالات. وكان الأولى عدم التقيّد بالقاعدة الضيقة التي تقتضي بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج، أو في القليل قصره على القاعدة على الزواج فإن طبيعته تنأير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية.

وهناك من الفقهاء من يذهب، على التقيض مما تقدم، إلى عدم الاختصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية. فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمتنوع الحاجات. وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بفرض معين، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تتلام مع هذا الشرط، فتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون (١). ومهما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع لقواعد التقليدية، كما في إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م ٤٨٩ جديد)، وكما في شفوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي (م ٤٦٧ جديد)، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م ٥٠٧ جديد)، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً، وهي لا تسوغ تقضى القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها (٢).

فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار. وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً

(١) أنظر دروجول (Drogoul) في رسالته في النظرية العامة في البطلان ص ٢٠٦ وما بعدها — جايو (Jaiou) في رسالته في بطلان العقود ص ١٥١ و ص ١٥٤ .
(٢) أنظر في هذا المعنى بلاتول وريير وبولانيه قررة ٨١٩ — قررة ٨٢٠ .

مطلقاً (ويدخل فيه العقد المتعلم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المتعلم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . بل غير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق . ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر كما سئرى على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يمتنع مصيره بالإجازه أو بالإبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (والمرحلة الثانية) يلقي فيها العقد أحد مصيرين ، فلما أن تلحقه الإجازه أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشأً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح ، وإما أن يقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعدو في ماله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقه الإجازه أو ورد عليه التقادم ، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان ، يتمم فيهما البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الاتساع (١) .

٣٠١ - تأصيل المصطلح : على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانوني ، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية

(١) وقد ورد في «نظرية العقد» المؤلف (ص ٦١٨ منشور رقم ١) في هذا الصدد ما يأتي : «لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر: الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة تامة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق» .

البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضي شيئاً من التوسع . والأولى من ناحية الصياغة المفضة الرجوع إلى التقسيم الثنائي ، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً ، أو كما يقول القانون الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . وقف عند هذا التقسيم ، على أن نتولى تأصيله .

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكل الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً ، ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذي يعين له الجزء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا تلحقه الإجازة . وقد يسمح بإجازته كما في المدة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتاج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قلنا من خلق القانون ، صنعه على عتبه ، ويقده على القالب الذي يظايره (١) . ونحن في هذه الدائرة وحدها - دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب - نتمشى مع القائلين بتوسع مراتب البطلان .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية ، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد . وقبل ذلك نقول إن البطلان قد يرجع إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما في بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦ جديد) وفي بطلان تصرف السفينة الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ جديد) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع في شأنه النص الذي يبالغه . ولكن البطلان الذي يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية تتولى الآن تعديدها . ذلك أن العقد أركاناً ثلاثة هي الرضاء والمحل والسبب . فإذا انعدم أي ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة ، ويكون باطلاً . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية ، والسبب يشترط فيه المشروعية . فشرط التمييز والتقابل والتطابق في الرضاء ، وشرط

(١) أظن أننا نرى ١٣٥ في الملمس .

الإمكان والتعين في المحل هي شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها . وشروط المشروعية في المحل وفي السبب هو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضاً بدونها . فإذا اخل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً (١) . والبطالان هنا تعليه طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة . والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً ، فلا ينتج أثراً ، ويموز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، والمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

وهناك ركن في العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة ، وهذا هو الرضاء . فالرضاء كما رأينا يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء معيماً غير صحيح . وفي هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه ، فهو معتقد ترتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذي صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحجمه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد ، كما له أن يميزه ، وإذا سكت سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق في إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور رضاه من نقص (٢) .

(١) وقد تضمن المبروع التمهيدى نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً ، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المبروع على ما يأتي :

« يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية :

(أ) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً .

(ب) إذا انضم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروط المشروعية .

(ج) إذا اشترط القانون في العقد شكلاً يكون مخالفاً بدونه ولم يتوقف العقد هذا الشكل . أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكلياً يترتب عليه القانون ركناً في تكوين العقد .

(د) إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان .

وقد حذفت هذه المادة في المبروع النهائي « لأن أحكامها تنصوص عليها في المواد السابقة » .

(مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٥٠ في المجلد ٢) .

(٢) وقد تضمن المبروع التمهيدى نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد قابلاً للإبطال .

فنصت المادة ١٩٥ من هذا المبروع على ما يأتي :

« يترتب العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية :

وليس فيها قدماء من تأصيل البطلان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدي إليها ، ومطلوبات مقولة لعل ظاهرة (١).

- (= ١) إذا كان أحد المتألفين ناقص الأهلية .
 (ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .
 (ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضي بأن القيد قابل للبطلان .
 وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة .
 (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٣٥ في الخامس).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان القيد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تقريباً على ذلك أو كائتضاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان القيد ، في حكم الواقع . وحكم القانون ، يحول دون انتظامه أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق . أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام القيد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء فيسبب عيب يخالفه ، أو بسبب عيب أهلية أحد المتألفين ، وقلبك يكون القيد قابلاً للبطلان بمعنى أنه يظل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاء العيب أو من لم تستكمل أهليته . ومن الجلي أن قابلية القيد للبطلان إنما تحتل القيد في مرحلتين متابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها القيد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلان ويترتب القيد فيها بطلاناً لا حكم له من وقت نشوئه . فليست في مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطالات المطلق أو النسبي يقتضي نص خاص في القانون » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٥٥ - ٢٥٦) .

هنا ويمكن القول إن القوانين الأخرى ، من قديمة وحديثة ، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة ، وتبيل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجها القيد الباطل من الآثار .
 فالقانون الألماني يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبي (١٤١م - ١٤٢) . بل إن القه الألمان يعرف القيد المتعدد .

وعبر قانون الالتزامات السويسري بين القيد الباطل بطلاناً مطلقاً (١٦م و١٩م و٢٠م) والقيد الباطل بطلاناً نسبياً (٢١م و٢٣م و٢٥م و٢٦م و٢٨م و٢٩م) .

والقانون الإنجليزي يميز بين القيد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه القيد المتعدد ، والقيد الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والقيد غير النافذ (unenforceable) . ويريد بالآخر عقداً صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية ، كقيد غير مكتوب لا يجوز إثباته بنهر الكتابة . مثل هذا القيد لا يكون بطلاناً ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا يمكن المطالبة بتنفيذه ، على أنه إذا غلب المأزم اختياراً فليس له أن يتردد ما دفع . وظاهر أن هذا القيد هو إحدى حالات الالتزام الطبيعي في القانونين المصري والفرنسي ، ولا كان القانون الإنجليزي لا يترتب بالالتزام الطبيعي كمنظرة عامة ، فقد وضع إحدى حالاته في نظرية البطلان .

أما الصيغة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج القيد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره . ومرتبات القيد حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي القيد الباطل ، ثم القيد ، =

٣٠٢ - **خطبة البحث :** والآن نستطيع أن نرمم خطة لبحث نظرية البطلان . فالمقد الباطل والمقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتهما إلى أن يقرر بطلانهما . فقد يترتب عليهما بعض الآثار ، وقد يرد على المقد القابل للإبطال الإجازة أو التقدّم فيقلب صحيحاً . ولكن في أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فينعدم .

فالأدوار إذن ثلاثة : (١) ترتيب الآثار . (٢) الإجازة والتقدّم . (٣) تقرير البطلان . ونقول بحث كل من هذه الأدوار .

المبحث الأول

الآثار التي ترتب على المقد الباطل والمقد القابل للإبطال

٣٠٣ - **الآثار المرضية والآثار الأصلية :** المقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte juridique) إذ هو كعقد لا وجود له ، ولكنه عمل مادي (acte matériel) أو واقعة قانونية (fait juridique) . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً ، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية . على أن المقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره عقداً ، وهذا شفوذاً تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

ثم الموقوف ، ثم النافذ ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر . فالمقد الباطل ما ليس مفروضاً لا أصلاً ولا وصفاً ، أي ما كان في ركبه أو في عمله حل ، وهو لا يتعد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالتبض . والمقد الحاسد هو ما كان مفروضاً بأصله لا بوضفه ، بأن يكون المقود عليه أو بدله مجهولاً جهة شائعة ، أو يكون المقد خالياً من القائمة ، أو يكون مفروضاً بغيره من الشروط الموجبة لفساد العقد . وهو لا يفيد الملك في المقود عليه ألا بوضفه برضا صاحبه . والمقد الموقوف هو ما كان القاد فيه ضرورياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه ، أو كان سبباً معيبراً . فلا يظهر أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجزأه المالك في الصورة الأولى ، والبول أو الوصي في الصورة الثانية . والمقد النافذ هو ما صدر من ذي أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه . والمقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة : خيار التمين وخيار العسر وخيار العيب وخيار الرقبة . ويتخلص من ذلك أن قواعد البطلان في العسرة والإسالة تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان في القانون الحديث .

والمقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية ، وصار هو
والمقد الباطل بمنزلة سواء . فإذا قلنا المقد الباطل ، كان المقصود أن يدخل
في مضمونه المقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله (١) .
وتتناول الآن كلا من الآثار المرضية والآثار الأصلية للمقد الباطل .

المطلب الأول

الآثار المرضية للمقد الباطل

٣٠٤ - استعراض بعض هذه الآثار : قد ينتج المقد الباطل
آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قلنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ،
فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب
النفقة والتوارث ما بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب
العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً
وسقوط الحد ولو مع العلم بالطلاق على خلاف في الرأي (٢) . وهذه الآثار
لا ترتب على الزواج باعتباره عقداً ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً ،
ولكنها ترتب عليه باعتباره واقعة مادية . فإذا وقع أن رجلاً وامرأة
ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين ، فالعدة واجبة على أثر هذا
الاتصال الفعلي ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء ، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول ،
وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية .

(١) وقد يكون المقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه متجاً لبس الآثار كواقعة
مادية لا كعقد . فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً للقلا للملكية يستند إليه الماتر في التملك
بالتفاد الخس ، بخلاف المقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير
المالك ، وكان البائع غاصراً ، صلح هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً ، وتملك المشتري العقار
بالتفاد الخس . وظاهر أن البيع الصادر من الغاصر غير المالك يعتبر في الصلاة ما بين المشتري
والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقداً . وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله ، أما إذا
أبطله الغاصر أو المشتري فإنه لا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً . ويتصور أن المشتري
يطلب إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على الغاصر ، لاسيما إذا نزلت
قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشتري أن يرجع بالثمن على الغاصر باعتباره أنه قد أخذ منه الفائدة كاملة .

(٢) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها و ٤٠ وما بعدها .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا ، ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة ، فتكون باطلة وهي مع ذلك تطلع التظام (م ٢٨٣ جديد) . ومن ذلك أيضاً الطاء اللاحق في الزائدة يسقط الطاء السابق حتى لو كان الطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ جديد) .

ومن أهم الآثار العرضية الى ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين ، إحداهما نظرية تحول العقد ، والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما .

١٤ - نظرية تحول العقد (*)

(Conversion du contrat)

(ونظرية انتقاص العقد (Réduction du contrat)

٣٠٥ - التصوي القانوني : لم يكن القانون القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كمبدأ عام ولكن القضاء كان يطبقها في بعض الحالات . أما القانون الجديد فقد أورد فيها نصاً صريحاً هو المادة ١٤٤ ، وهي تجري على الوجه الآتي :

« إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد (١) . »

(*) بني الرابع : سأل في إعلان الإرادة م ١٤٠ قرة ١ - مرة ٢٣ - جايو (Dapion) رسالة من ديغون سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٢ وما يبعث - بران (Perrin) رسالة من ديغون سنة ١٩١١ - بيد ليفر (Piedelievre) رسالة من برليس سنة ١٩١١ ص ١١٦ وما يبعث - الدكتور حلي بهجت بدوى مقال في مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٤٠٥ - ص ٤٣٢ .

(١) تاريخ النسي : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للملأ وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنها كانت ملأان يملأان العقد الأول » . وفي لجنة للرابسة أدخلت بنس تعديلات -

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية ، صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة ١٤٠ (١) . وعلى نهج التقنين الألماني سار القانون المدني الجديد .

٣٠٦ - كيف يتحول تصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح :
وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل ، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح ، كميالة لم تستوف الشكل الواجب فتحول من كميالة باطلة إلى سند عادي صحيح . ومن الأمثلة أيضاً شخص يتعهد تمهيداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له ، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة ، فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة . ومثل هذا تصرف باطل في شيء كان

= قسيلة ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لجس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص ، وقيل في الرد على ذلك بأن التصديق بهذه المادة أن يضع القاضي ميلاً ل تطبيق العدالة ، فمن لا تزمه بالبحث عن نية المتعدين ، ولكنا نطالبه أن يستخلص ما كانت تصرف إليه نية المتعدين عند إبرام العقد ، وهذا التكيف القانوني من القاضي يقع تحت رقابة محكمة القضاء على أن يكون مفهوماً أن القاضي يبحث في النية التي كان مفروضاً فيها قبل النزاع . وانتهت اللجنة إلى الاختصار على حذف عبارة « لو أنها كانت بطلان بطلان العقد الأول » لأنها تزيد لا على له ، ولأن المادة نيط أمرها بالنية ، ولا لحل العقد بعد ذلك بالمع أو بأي ظرف آخر ما دام الأمر سيخرج في النهاية إلى تقدير القاضي . وأصبح رقم المادة ١٤٤ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٢ - ص ٢٦٧) .

(١) ولقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألماني بما يأتي : « إذا كان العمل القانوني الباطل يتم بشرط عمل قانوني آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعدين كانا يريدان أن يكونا بطلان بطلان » . ويجمع هذا النص شروط التحول الثلاثة التي سبق ذكرها ، وقد أخذ بالإرادة المحتملة ، لا بالإرادة الاحتمالية ولا بانعدام الإرادة السكينة على ما سبق أن بيانه (انظر في هذا الموضوع سالي في إعلان الإعدام م ١٤٠ ص ١٥٨) .

قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف ، فيتحول التصرف الباطل إلى عدول صحيح عن الوصية .

٣٠٧ - شروط تحول العقد : ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : (١) بطلان التصرف الأصلي . (٢) وقضائه لعناصر تصرف آخر . (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر (١) .

فيجب أولاً أن يوجد تصرف أصلي باطل . ونترتب على هذا الشرط قتيبتان : (١) لو أن التصرف الأصلي كان صحيحاً ، فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر . مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية ، ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة ، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة ، لأن الهبة وقعت صحيحة ، ولا يتحول إلا التصرف الباطل . (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله . أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للانقسام ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تحول العقد ما يأتي : « استقيت أحكام المادة ٢٠٣ (م ١٤٤ جديد) من القنين الألفي أيضاً . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانقراض التي تضمنت الإشارة إليها . فليس يرد أمر التحول إلى مجرد تغيير لإرادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضي يحل نفسه عليها ، ويبدلها من عددها القديم عقداً جديداً يقبض لها . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً لبطلان . فلذا كان صحيحاً فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لها أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد التي يقبضها القاضي قد توافرت جيداً في العقد الأصلي الذي ظم به سبب من أسباب البطلان ، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن ينسج عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصلي . ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنها تبنوا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان . ويستثنى مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تمكينية . فلذا كان يتولى عن المتعاقدين إعادة إنشاء العقد ، إلا أنه يشترط في ذلك إرادتهما بإحداث . وليست الشروط الثلاثة للتمتعة سوى قيود قصد بها أن تضمن إطلاق تقدير القاضي على نحو يتيح قربه الثقة بما أمكن بين نية المتعاقدين المقترضة ونيتها الحقيقية . ولعل اعتبار السكينة التي لا تتوقف ما ينبغي لها من الشروط السكينة سبباً أدنياً أو مجرد تعاقدي مدني من أبرز الطليقات السلبية التي يمكن أن تساق في صدد فكرة التحويل » (مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٢٦٣ - ٢٦٤) .

فلا يكون هناك عمل لتحويل التصرف ، بل لاتنصاه (réduction) ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدني الجديد صراحة على هذا الحكم ، فقضت بأنه وإذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله (١) . مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك : فضع قسمة الموقوف باطلة ، وتبقى قسمة المملوك صحيحة ، إلا إذا أثبت من يطمح في القسمة كلها أنها ما كانت لتم في المملوك دون الموقوف . ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل في وصية ، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف ، أو يبطل هو وحده إذا لم يكن هو الدافع ،

(١) تلخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، أما الباقى من العقد فيبطل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال » . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات تقنية ، وأصبح رقم المادة ١٤٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني المجلس الشيوعى حذفت عبارة « أما الباقي من العقد فيبطل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً » لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهي تقرر نتيجة استخلص في غير عناه من النص نفسه ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ . ووافق مجلس الشيوعى على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١)

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « التجسّس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ (م ١٤٣ جديد) من القوانين البرلمانية ، ومن بينها القوانين الألمان وتحتن الالتزامات السويسرى والقوانين البولونى بوجه خاص (أنظر أيضاً المادتين ٢٢٧/٣٠٨ من القوانين التونسية والرا كفى) . وهي تقرر لاتنقض العقد عندما يرد البطلان الطلق أو النسبى على شق منه . فلو فرض أن عبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن يباع ورد على عدة أشياء ، وقع المانعة في غلط جوهرى بشأن شيء منها ، ففي كلتا الحالتين لا يفسد البطلان المطلق أو النسبى من العقد إلا الشق الذى قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المقترون بلعبة بطلاً مطلقاً ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذى وقع الخط فيه بطلاً نسبياً ، وبطل ما بقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، ما لم يتم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى بطل بطلاً مطلقاً أو نسبياً لا يتصل عن جهة التصاقد (قانون المادة ١٣٩ من القوانين الألمان والمادتين ٢٢٧/٣٠٨ من القوانين التونسية والرا كفى) ، وهي تخلى عبء الإثبات على عاتق من يتسكك بصحة ما بقى من أجزاء العقد) . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التضريرية يستلزم إلا مجرد تضرير لإرادة المتلفدين » (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٦٠)

يدخل في نطاق قاعدة انتقاص العقد . ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدد على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم ، كعقد بقاء في الشيوخ اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتقصص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ جديد) ، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ في المائة فتقصص الفوائد إلى ٧ في المائة (م ٢٢٧ جديد) . في مثل هذه الأحوال ينقص العقد لا يتحول ما دام قابلاً للتجزئة . أما إذا لم يكن قابلاً لما فإنه يظل بأكمله . وقد يكون هناك عمل في هذه الحالة لتحويله إلى عقد آخر صحيح ، كما قد يكون هناك عمل في حالة الانتقاص لتحويل الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح . وانتقاص العقد ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وكان القضاء يأخذ به في ظل القانون القديم (١) .

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد . فإذا اختل هذا الشرط لم يجر التحول . مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر ، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى يبيع يقع على منزل مملوك للبائع ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقيان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض (٢) .

(١) محكمة الزقاق في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المجلد ١٠ رقم ١٦٥ ص ٢٣٢ — وانظر في موضوع الانتقاص مقالاً للدكتور حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ — ٤٠٧ . وانظر أيضاً المادة ٢٠قرة ٢ من ميثاق الالتزامات السويسري . (٢) ومن ثم لا يبدل تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني الجديد . وقد رأينا تطبيقاً لهذه المادة ، أن الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أجنبي يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأخرى الذي قصد شراؤه (انظر آخراً قرة ١٧٨) . وليس في هذا تحول بيع شيء غير أجنبي إلى بيع شيء أجنبي ، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول ، وهو الشيء الأخرى المشتراة ، فختلف بذلك شرط من شروط التحول .

وعمن في هذه النسبة أن تشير إلى وجوب التميز ما بين تصحيح العقد وتحويله وإجازته . تصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جله صحيحاً . فمضى البائع على المشتري أن يعطيه الشيء الأخرى الذي قصد شراؤه في لئيل للتقدم يجعل للمشتري مرتبطاً بالعقد كما قلنا ، وإدخال هذا العنصر الجديد — الشيء الأخرى — على العقد قد أدى قانوناً إلى جله العقد صحيحاً . وفي الاستئجار يجوز في عقود المعاوضة أن يتولى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرضها يراه القاضي كأنها لرفع الثمن ، فمضى ما يكفي لرفع الثمن =

ويجب أخيراً أن تنصرف لإرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصل . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر لإرادة حقيقية ، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصل باطل . فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصل ، وانصرفت لإرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر .. ومن هنا نرى أن القاضى قد استخلص من التصرف الباطل - باعتباره واقعة مادية - عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ، وجعل ذلك أثراً عرضياً لمنا (١) .

== هو إدخال عنصر جديد فى العقد أى إلى تصحيحه . وكذا الحال فى تكملة الترتيب إلى أوبة أخس من الترتيب فى بيع العقار الملوك لنفس لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس . ويترتب أيضاً تصحيحاً لعقد النسبة إذا كان نصيب الفقير من ثمن من حصته إذا خلفه غبن يزيد على الخمس . ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض القوائد الإضافية إلى ٧٪ ، وتخفيض الأجل الاتفاقى لبقاء فى الشروع إلى خمس سنين ، وإن كان التصحيح فى هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انقضاء العقد وهو إجبارى يقتضى القانون لا اختيارى بإرادة الصادق . ويجرى التصحيح ، كما رأينا ، بخلاف فى عنصر من عناصر العقد : إما بإزالة عنصر جديد كما فى إدخال غير الأثرى بالأثرى ، وإما بزيادة فيه كالتملكة فى حالة الاستئجار والتبني ، وإما بانقضاء منه كتنفيض القوائد الإضافية وانقضاء الأجل الاتفاقى لبقاء فى الشروع . والتصحيح هو مزج من تصرف لرادى وعمل مالى يصدر ، بخلاف الإجازة ، من الطرف الذى لم يقرر بطلان العقد لملحه . وله أثر رجعى كالإجازة ، فيعتبر العقد للمصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه - وتصحيح العقد غير مراجعة القاضى العقد . فالتصحيح يكون يقتضى لإرادة الصادق أو يقتضى حكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضى . والتصحيح لا يكون إلا فى عقد نشأ مبيعاً منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون فى عقد نشأ مبيعاً كإقتراض الائتمانات فى الاستئجار وفى عقود الإذعان ، وقد تكون فى عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضى للسائل غير الجهورية التى لم يفتق عليها المتعاقدان (م ٩٥ جديد) وإقتراض الالتزام المرقق فى نظرية الحوادث الطارئة .

أما تحول العقد فهو، كما رأينا، استبدال عقد جديد بقدم من غير إدخال أى عنصر جديد ، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هى ، وإنما تكيف تكيفاً قانونياً غير التكيف الأول ، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالقدم . وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذى يميز التحول من التصحيح . وأما إجازة العقد فهو ، كما سئى ، استبقاء العقد القابل للإبطال بمنصره كما هو ، وفى هذا تنفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح ، مع استبقاء العقد الجاز على تكيف القانون الأصل دون أن يكيف تكيفاً جديداً ، وفى هذا تنفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول . (١) ويبرر ذلك أن التصرف الصحيح قد قام على التامة التى قصد إليها المتعاقدان (volonté idéologique) كما يقول سالى . فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها ==

٤ - نظرية الخطأ عند تكوين العقد^(١)

(*Colpa in contrahendo*)

٣٠٨ - كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد - وما هو جزؤه

هذا الخطأ : قد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين ، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد ، ويطعن إلى ذلك ، ويبني تعامله على هذا الاعتقاد . فإذا قرر بطلان العقد ، فإنه من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه . فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته ، وعلى أى أساس قانوني يكون هذا الرجوع ؟ هذا هو وضع المسألة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل ، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته ، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه ؟

== وقد اختارنا ذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه . فلن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى النجاة فإنها ، فن الممكن القول بأنها كانت برهان هذا الطريق القانوني الصحيح ، لو أنها كانت بطلان بطلان الطريق القانوني الذي اختارناه ، فمالم الطريق الصحيح يؤدي إلى النجاة السليمة التي فصلناها . فالجواب إذن بالنجاة السليمة ، بالإرادة القانونية .

هذا وحده من أنصار نظرية الإرادة البائسة من يشترط في الحصول أن تصرف لإرادة المتعاقدين إيجابياً إلى التصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف البطل . فلا يمكن الإرادة المختصة . بل يجب أن يتوقع للمتعاقد احتمال بطلان التصرف الأصل . فتصرف لإرادتها إيجابياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . والإرادة الإيجابية هي كما نرى إرادة حقيقية . ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً بطلاً في الأصل ، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الإيجاب . فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لأجل إرادة محتملة .

وعلى التفتيش من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لإرادة إيجابية ولا إرادة محتملة ، بل يكفي بإعدام الإرادة السليمة . فيحصل العقد فمالم يضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا الحصول .

(٥) ينظر المراجع : لأخرج : أعماله المختارة جز ٢٠ ص ١٠٠ - سالفى الالتزامات

في القانون الألماني قرة ١٥٣ - قرة ١٦١ - سالفى في إعلان الإرادة ١٢٢م قرة ١ - قرة ٦ وم ١٤١ قرة ٥٤ - قرة ٦٠ - روييه رسالته في المسئولية الناجمة عن التصرف - لجرو (Lagrange) في المسئولية عند بطلان العقد دييونست ١٩٠٠ - رو (Rouss) في التعويض عن بطلان العقد بلويس سنة ١٩٠١ - حليتراف في الالتزامات التي تنشأ عند إعدام العقد بلويس سنة ١٩٢٢ - الدكتور حلي بهجت بدوى مقال في مجلة القانون والاقتصاد ٣ من ٢٨٤ - ص ٤٠٥ .

ونأى بأثرة توضيح ما أسلفناه . قد يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء ، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر ، وكالمدير شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها ، وكالموجب يعدل عن إعجابه قبل أن يتلاقى بالقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم . وقد يرجع سبب البطلان للمحل أو السبب ، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط المحل ، وكان يلزم البائع لسبب غير مشروع ، ولكن المشتري لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد . وقد يكون العقد قابلاً للإبطال ، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد ، وكان يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح ، وكمن يشتري من غير المالك معتقداً أنه المالك .

ومن هذه الأمثلة ما عالجته القانون بنصوص خاصة . فالوجوب الذي يعدل عن إعجابه إذا وصل علوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعلول (م ٩١ جديد) : ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا . ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي قصص أهليته (م ١١٩ جديد) . وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به ، فالغلط لا يؤثر في صحة العقد (م ١٢٠ جديد) . وإذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ جديد) .

ولكن في غير الأمثلة التي ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته ؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية ، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التصوري ، رجع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذي أتى من جهته سبب البطلان . ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً ، لا على أساس أنه عقد ، بل على أساس أنه واقعة مادية .

٣٠٩- نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد : على أن إهرنج (Thering) الفقيه الألماني المعروف واجه هذا القرض في صورته المتعددة ، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo). ودعاؤه إلى ذلك أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده . ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية ، بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilian) المعروف . فلم يستطع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل ، كواقعة مادية ، يعتبر خطأ يوجب التعويض . ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني فشر على بعض النصوص التي تقضى يرجع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها (١) . واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كمقد لا كواقعة مادية . ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني ، بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تيبب ، ولو بحسن نية ، في إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر ، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعرض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد ، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد (٢) .

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقنومات الثلاثة للمسئولية - الخطأ والعقد والتعويض - يتلون فيها بلون خاص .

أما الخطأ فينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد ، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٠ وما بعدها .

(٢) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلاً : متجر في مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف في مدينة فرانكفورت أن يبيع له بأية مبالغاً من السندات . ولكن فقط «بيع» بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادي ، وحذف منه المقطع الأول (vor) فأصبح (kaufen)، وهذا المقطع منه «يشترى» . فكان من ذلك أن اشتري المصرف له بأية مبالغاً من السندات . ونزل سعر السندات بعد ذلك ، فبغت الخسارة مبلغاً جسيماً (إهرنج : أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢ ص ٧ - ٨) .

توجب بطلان العقد . على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان ، فإنه يبقى أن ضرراً قد وقع ، وأن من العدل أن يتحملة هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه ، لا أن يتحملة المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب . فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض .

وأما العقد الذي أخل به المتعاقد المستول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد . ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمني لهذا التعهد ، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين . ولكن إهرنج يصطلم هنا أيضاً بقواعد القانون الروماني ، فهذه القواعد ضيقة في العقد كما هي ضيقة في الخطأ . ونيس كل إيجاب وقبول في القانون الروماني يعتبر عقداً . لذلك لا يقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا ، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا ، بل يقيمه على العقد الباطل ذاته ، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل ضار يعتبر خطأ في القانون الروماني ، بل كمقد حيث تسفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا فإذا قبل إن العقد باطل فرضاً فكيف ينتج أثراً ، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرّد العقد الباطل من كل آثاره ، وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلاً ، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط . واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأي بتطبيقات مختلفة في القانون الروماني (١) . وهذا رأى يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التي سبقت الإشارة إليها . ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً ، لا باعتباره واقعة مادية ، بل على أساس أنه عقد . وهذه الخصيصة هي أبرز خصائص نظريته .

وأما التعويض فلو أنه الخاص في نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملاً كما

في التعويض عن عقد صحيح . فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية (*intérêt positif - Erfüllungs Interesse*) . أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية (*intérêt négatif - negative Vertrags Interesse*) .
ويأتي إهرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين : شخص احتجز غرفة في فندق وتغلف عن الحضور . فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية ، أى عن الضرر الذى أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد ، فيدفع أجرة الغرفة . أما إذا كان العقد باطلاً ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد ، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية ، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التى كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخاطئ من التعاقد . ويترب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاحتضاده أن الغرفة محتجزة . وقد رأينا في الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد . - ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ويضرب إهرنج لذلك مثلاً : تاجر باع عشرة صناديق من «السجائر» ، وكان العقد صحيحاً ولكن المشتري لم يتفد ، فالبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية ، أى الربح الذى كان يجنيه من الصفقة والخسارة التى لحقت من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبدت خسائر فى إرسال الصناديق واستردادها . أما إذا كان العقد باطلاً ، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً ولكن وقع خطأ مادي فى الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق ، فإن التعويض الذى يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التى كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد ، فيرجع بتفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذى كان يربحه لو تمت الصفقة . فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية . -
وقد يكون مساوياً له ، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية يتطوى هو أيضاً على عنصرين : الخسارة التى لحقت الدائن والمكسب الذى فات . فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق عشرة بثمانين ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، ففي هذه الحالة يرجع أيضاً

بالمكسب الذى فاته إلى المصروفات التى أنفقها ، فيستوى التعويضان - وإذا فرض أن الصفقة التى امتنع عن إنجامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكنه رفضها احتراماً لتعاقد الأول ، فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون في هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية ، فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية ، وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد - على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون في بعض الفروض منقطعاً ، ففى المثال الذى نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تتين بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشتري وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى ، فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما ، إذ لم يفتد مكسب ولم يتكبّد خسارة (١) .

٣١٠ - أثر نظرية إهرنج في القوانين المبرمة : وقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سائلة الذكر . وتتجلبق هذا الأثر في القانون الألماني بنوع خاص . ثم نرى إلى أى حد أخذ بالنظرية كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم والقانون المصرى الجديد .

أما في القانون الألماني فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، ولكن لا كنظرية عامة ، بل في مواطن متفرقة . فنص في المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً وفقاً للمادة ١١٨ (لإرادة غير جلية) ، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و ١٢٠ (الخطأ في نقل الإرادة) ، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعرض هذا الشخص ، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعرض أى شخص ، عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده صحة الإرادة ، دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ماله من المصلحة في أن تكون الإرادة صحيحة . وينقطع الالتزام بالتعويض إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان أو القابلية للإبطال . وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد في فروض معينة : فرض الإرادة غير الجلية وفروض الغلط .

(١) إهرنج : أعمال المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٨ - ص ٢٢ .

ونصت المادة ٣٠٧ من القانون الألماني على أن الطرف الذي يعلم ، أو يجب ضرورة أن يعلم ، عند إتمام عقد يرى إلى عمل مستحيل ، باستحالة هذا العمل ، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد ، دون أن يتجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التي لهذا الطرف في صحة العقد . على أنه لا عمل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم ، أو يجب ضرورة أن يعلم ، بهذه الاستحالة . وهذا النص تطبيق آخر للنظرية في فرض بطلان العقد لاستحالة المحل ، (يتميز بأنه يشترط فيه خطأ في جانب الطرف المسئول ، فهو إما أن يكون علماً باستحالة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون سبب التبعة ، وإما أن يكون فاستلغته أن يعلم بهذه الاستحالة وفي هذه الحالة يكون مقصراً ، فهو غفلة في الحالتين ومسئولته مبنية على هذا الخطأ . ونلاحظ أن القانون الألماني إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد في الفروض التي قلناها ، فإنه لم يبين المسؤولية على خطأ عقدي كما فعل إهرنج ، فقد جعل المسؤولية تقصيرية في الفرض الأخير كما رأينا ، وجعلها مسؤولية مادية في الفروض الأولى .

أما في القانون الفرنسي فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . واستند سالي في ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي ، وهو يقضى بأن يبيع ملك الغير باطل ويترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يجهل أن الشيء مملوك للغير . فصدر التعويض في هذه الحالة . في نظر سالي ، لا يمكن أن يكون خطأ من البائع فقد يكون حسن النية ، وإنما هو عقد ضامن يستخلص من ظروف التعاقد ، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد (١) . على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، وترى في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولاً إلا إذا ثبت خطأ في جانبه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (٢) .

(١) سالي في الالتزامات في القانون الألماني قرة ١٦١ - أظن أيضاً في هذا المعنى جوسه كبير بودري ويلرد ١ قرة ٣٦٢ .

(٢) بلاتيلول وريير وإسلي ١ قرة ١٣١ وقرة ٣٢٤ - ومع ذلك أنظر قرة ١٨٩ .
ملزو ١ قرة ١١٦ - ١٢١ - ملغراس ٧٥ و ١٨٩ - س ١٩٠ .

والقانون المصري القديم كالقانون الفرنسي لم يؤخذ فيه بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (١).

وكذلك هو الأمر في القانون الجديد. بل إن المشروع التمهيدى لهذا القانون كان قد تضمن نصاً يقر هذه النظرية، فحذف النص في المشروع النهائى ولأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها (٢). وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من القانون الجديد تنص على أنه وفي حالى إبطال العقد وبطلانه يرد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد، فليس المقصود من هذا كما سنرى التعويض عن المصلحة السلبية المروقة في نظرية الخطأ في تكوين العقد، بل أن يرد كل من المتعاقدين ما تسلمه من الآخر، دون تعويض عن أية مصلحة إيجابية أو سلبية، إلا إذا ثبت في جانب المستول خطأ تقصيرى، وإذا تعذر الرد حكم بتعويض معادل. وإذا كانت المادة ١١٩ تنص على أنه يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لبخنى نقص أهليته. فالتعويض ها، كما هو ظاهر، مبنى على أساس المسؤولية التقصيرية، وهى ترجع إلى الطرق الاحتياطية التى استعملها الناقص، بحيث لو لم يستعملها لما ألزم بتعويض لا عن مصلحة إيجابية ولا عن مصلحة سلبية. وإذا كانت المادة ٤٦٨ في بيع ملك الغير قد نصت على أنه إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن نية، فذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشيء غير مملوك له يعتبر في ذاته خطأ تقصيرياً يوجب التعويض، ولو كان هذا الشخص حسن النية.

(١) نظرية العقد للوفات فقرة ٥٩٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ في المجلد - وكانت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: ١٥ - إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، فكل الطرف الذى يتسكك بالإعلان أن يمرض الطرف الآخر عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد، دون أن يتجاوز قيمة التعويض قدر الخسارة التى كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحاً. ٢ - على أنه لا عمل لتعويض إذا كان من أسباب الضرر من بطلان العقد يد في وقوع هذا البطلان، أو كان يلم بسببه، أو ينفى أن يلم به. وقد اقترح في لجنة المراجعة حذف النص لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها، فوافقت اللجنة على ذلك. (مجموعة أعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ - ٢٦٣ في المجلد).

٣١١ - رفض نظرية إهرنج والمرجوع إلى فكرة الخطأ التصغيري

مودة الخطأ المقررى : والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة ، قال بها اضطراراً لما ضاق القانون الرومانى عن أن يتسع لحاجات التعامل ، فوسّع من فكرة الخطأ ومن فكرة العقد كما رأينا . أما الآن فنحن فى سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الرومانى ، وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولة أيا كان هذا الخطأ . فإذا ثبت فى جانب من أثر سبب البطلان من جهته تصغير كان مسئولاً ، ولن نحار فى تكييف هذه المسئولة ، فهى مسئولة تصغيرية مبنية على الخطأ الثابت .

على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية غير صحيحة . فهى بين أمرين . إما أن تجعل قيام سبب البطلان فى جانب التعاقد خطأ حتماً ، وقد يكون هذا التعاقد يجهل كل الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أى تصغير فى ذلك ، فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منه إلى الخطأ التصغيري . وإما أن تفرض عقداً ضمناً بكفالة التعاقد ، ونحن إنما نتأول هذا العقد ونقرر عليه التعاقد قسراً ولا نتمشى فى ذلك مع نيته الحقيقية . على أن هذا الحقد الضمنى لا يستقيم لنا فى كل الأحوال . فلو أن سبب البطلان كان التصيّر ، أ يكون المقاصر ، وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذى تقرر لإبطاله لنقص أهليته ، ملتزماً بالعقد الضمنى الذى يكفل به صحة التعاقد ! وأين نقص الأهلية ! ألا يؤثر فى العقد الضمنى كما أثر فى العقد الصريح ! وقل مثل ذلك فى حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة ، فن كان هازلاً فى العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلاً فى العقد الضمنى ! ثم إن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية يتطلب على شئ من التحكم قد يصعب تبريره فى بعض الحالات . كذلك الباقى من المقومات الثلاثة للنظرية - الخطأ والعقد - فى كل منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة ، وهو انحراف لم نعد الضرورة تبرره . والقانون الألماني ذاته لم يأخذ ، كما رأينا ، بالنظرية كتقاعدة عامة ، بل قصر النص فيها على حالات معينة ، وهو فى هذه الحالات حاد عن النظرية فى الصميم منها ، فلم يجعل المسئولة عقدية ، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطور أعلى التصغير ، وقد تقدم بيان ذلك .

فالأول إذن الرجوع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد ، واعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التصويض . ويكون العقد الباطل ، في هذه الحالة أيضاً ، قد أنتج أثراً عرضياً ، لا باعتباره عقداً ، بل باعتباره واقعة مادية (١) .

المطلب الثاني

الأثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢- لا يرضى عرض يرتب العقد الباطل آثارها الأصلية : قد يرتب القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية ، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار العرضية ، بل باعتباره عقداً ، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . وفي هذا خروج صريح على القواعد العامة ، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (apparence) لاسيما إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi) ، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل . فالظاهر المستقر الذي اطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبق في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهري من أصول القانون ، الذي تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها ، يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .

٣١٣- أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية : ونورد

بعض الأمثلة على ما قدمناه . فن ذلك الشركة التجارية التي لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً ، فإنها تقع باطلة ، ومع هذا فقد قضت المادة ٥٤ من قانون التجارة بأنه إذا قضى ببطان الشركة ، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطان تجري وفقاً لشروط الشركة التي قضى ببطانها . وهذا

(١) غارن الدكتور حلمي بهجت بدوى في أصول الالتزامات ققرة ١٧٤ - ققرة ١٧٩ - ولا ينب عن البال أننا ، وقد جعلنا المسؤولية تقصيرية ، نوجب الأخذ بقواعد هذه المسؤولية . فيجب على من يطالب بالتصويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ ، لأن الخطأ واجب الإثبات هنا . ويجب أيضاً أن يلاحظ أن الخطأ التقصيري يختلف عن الخطأ التقدي في الأصلية وفي مدى التصويض وفي الإعانة وفي التضامن وفي الإعفاء للاختلاف من المسؤولية ، وسيأتي بيان هذا كله عند الكلام في المسؤولية التقصيرية .

الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .
 ووجه ذلك أن الشركة التي قضى بطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم
 بالبطلان شركة واقعية (société de fait) ، تنتج الآثار التي تنتجها الشركة
 الصحيحة ، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً ، ويحضى الشركاء الربح
 ويتحملون الخسارة ، ويقسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها
 في العقد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من القانون الجديد من أنه يبقى
 قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند
 ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن
 حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن . ويتبين من هذا النص أن عقد
 الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون - إذ أن سند ملكيته قد
 أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأي سبب - يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً
 عليه آثاره الأصلية ، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن .
 وشيئ بذلك المالك إذا فسخ سند ملكيته ، فإن أعمال الإدارة التي صدرت
 منه قبل الفسخ ، وبخاصة عقود الإيجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات ،
 تبقى قائمة بالرغم من فسخ سند الملكية بأثر رجعي ، وذلك حماية لاستقرار
 التعامل في أعمال الإدارة .

ويتصل بذلك العقد الصوري ، وهو عقد لا وجود له ، ومع ذلك يقوم
 بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصوري
 تصرفات الوارث الظاهر . فلها تبقى رعاية لاستقرار التعامل . وهناك
 تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضي بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون
 (error communis facit jus) .

المبحث الثاني

الإجازة والتقدم

٣١٤ - مفاد: يعي العقد الباطل والمقر القابل للإبطال من حيث

الإجازة والتقدم : العقد الباطل لا وجود له منذ البداية ، فلا يتصور أن
 تلغى الإجازة أو أن يتقدم الدفع بطلانه . أما العقد القابل للإبطال فهو في مرحلة

الأولى، كما رأينا، يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله . ويزول هذا الحق بالزول عنه ، وهذه هي الإجازة ، أو باقضاء مدة معينة دون أن يستعمل ، وهذا هو التقادم . فالعقد القابل للإبطال إذن ، خلافاً للعقد الباطل . تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم (١) .
ونفصل الآن ما أجملناه .

الطلب الأول

الإجازة (Confirmation)

§ ١ - للعقد الباطل

٣١٥ - العقد الباطل لا يحسم الإجازة : نصت الفقرة الأولى

من المادة ١٤١ من القانون الجديد على أنه « إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » (٢) .

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معلوم ، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجزى . وإذا كانت المادة ٤٨٩ من القانون الجديد قد نصت على أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المنهني في هذا الصدد ما يأتي : « وتظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من وجوه : (ب) وبإتمام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً ، فلا يصح إطلافاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة لبطلان ، فهي تصحح بالإجازة ، ولو كانت ضمنية ، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقدين من الرشد وقت الإجازة مثلاً) وأن تكون الإجازة ذاتها منزعة عن البيع ، إذ ينبغي أن تتشكل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً . وإذا كان أثر الإجازة يقتد ، أو ينطف على الماضي ، إلا أنها لا تضر بمغفوق الغير . فلا تضر الإجازة مثلاً من يشتري عقراً كان قد سبق لالكس به ، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع . ولا كان التدليس والإكراه من قبيل الأعمال الفاسدة التي تلحق بها مفة التصبر المدني ، فيظل مرتكبها مستولاً عما وقع منه من مقتضى القواعد العامة ، رغم إجازة المائد الآخر للتعاقد ، ما لم تطو الإجازة على إسقاط هذه المسؤولية . (ج) وما دام العقد المطلق البطلان معدوماً ، أو غير موجود ، فلا يصح أن يرد عليه التقادم . وعلى النقيض من ذلك بعدم البطلان النسبي باقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد ، أو باقضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال قس الأهلية أو تبين النط أو التدليس أو إعطاع سلطان الإكراه . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٥٦ - من ٢٥٧) .

(٢) أنظر تاريخ النص في باب (فقرة ٣١٩ في المائتي) .

وإذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه ، فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذى بعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قلنا ، فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعب في الشكل قابلاً لأن تلحقه الإجازة . أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها ، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته ، التزام طبعي ، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وقاه لا يسترد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعي (١) .

٣١٦ - ولكن يجوز عمومي جدير : وإذا كان العقد الباطل

لا تلحقه الإجازة ، فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل العقل من جديد (refection) (٢) . فالإجازة ، كما سنرى ، عمل قانوني صادر من جانب واحد هو المميز ، ولها أثر رجعي يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز . أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد : ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . ولذلك يجب توافر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد ، ويكتفى بتوافرها في المميز وقت الإجازة .

§ ٢ - العقد القابل للإبطال

٣١٧ - العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة : نصت المادة ١٣٩

من القانون الجديد على ما يأتي :

١ - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .

٢ - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحق

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الهبة الباطلة شكلاً ليست مجردة من كل الآثار القانونية ، إذ ينشأ عنها التزام أدبي فذمة الواهب ، بمعنى أنه إذا أوفاه لا يستطيع استرداده ، وبمعنى أنه يتقلب التزاماً مدنياً . إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠) المحللة ١١ رقم ٣٦٤ م (١٥٣) .

(٢) كما يوجد فرق بين هذين وإن إقرار العقد (ratification) . فإقرار العقد قانوني صادر من جانب المقر ، وهو من التبر ، فيحصل العقد بهذا الإقرار سارياً في حقه ، كالملك يترشح التبر للملك ، والموكل يترعقداً أمره الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة .

النير ، (١) .

وقد قلنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً ما دام بطلانه لم يتقرر ، وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال ، فإذا لحقته الإجازة استقر .

والإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فلا حاجة لاقتران قبول بها ، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر (٢) .

والذي يميز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان . فتاقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب مما اللذان تصدر منهما الإجازة . وهذا ما يقضى به المطلق القانوني ، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان . ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه (٣) . ويجب في المميز وقت الإجازة أن يكون كامل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٨ من المشروع التمهدي على الوجه الآتي :

« ١ - العقد الملل بطلاناً نسبياً تصححه الإجازة الصريحة كما تصححه الإجازة الضمنية . وتستحق الإجازة على الأخص إذا عُد العقد مختاراً من له الحق في طلب البطلان وهو عالم بذلك . ويشترط لإجازة العقد أن تتوافر فيه وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته ، وأن تكون الإجازة ذاتها خالية من كل عيب . ٢ - وتنسحب الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بمغروق النير » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً ظاهرياً ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ تقرر أن تكون الفقرة الأولى من المادة كما يأتي : « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية » مع حذف بقية الفقرة لأن في القواعد العامة ما ينفي عن إيرادها . ثم انتقلت اللجنة إلى الفقرة الثانية من المادة فتعامل الرئيس كيف تغل الإجازة بمغروق النير ، فأجيب بأن ذلك يتحقق مثلاً في حالة شخص باع منزله مرتين وكان طليح الأول قابلاً للإبطال ، فرأى البائع إجازة هذا العقد ، فاشتري الثاني تبج حياته لأن التصرف الثاني يتج بكتابة تنزل عن حق الإجازة ، ولذلك يجب عدم نفاذ الإجازة في حق المشتري الثاني . وبعد مناقشة طويلة انتهى رأى اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية منسجمة عبارة « دون إخلال بمغروق النير » . وأقرت اللجنة النص في النهاية على الوجه الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٣٩ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٤٠ - ص ٢٤٦) .

(٢) استشارت محتاط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥ .

(٣) وشذ بيع ملك النير ، إذ يجوز فيه أن تصدر الإجازة من المالك الحقيقي مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان . وبغير هذا علة البطلان في بيع ملك النير ، وهي ترجع إلى أن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري ، فإذا أجاز المالك الحقيقي العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية ، تختص علة البطلان ، فيزول .

الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يميزه ، وألا تشوب الإجازة - وهي عمل قانوني كما قلنا - عيب من عيوب الإرادة ، غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان . فنقص الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية ، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شأب رضاعه عيب لا تكون إجازته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب ، حتى إذا انكشف الغلط أو افترض التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك .

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية . ولا يشترط في الإجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة (قارن م ١٣٣٨ من القانون المدني الفرنسي) ، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح ، بشرط أن تكون نية المميز في الإجازة واضحة (١) . والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان (٢) ، أو بإتيانه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان (٣) ، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما إذا اشترى قاصر عيئاً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكا وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذي اشترى به العين (٤) . وعبء إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر

- (١) استئناف مخطط في ١٧ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٧ - وفي ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٦١ - والتون ١ ص ١٤٩ .
(٢) استئناف مخطط في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ - وفي ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١ .

(٣) كنيته على الأرض التي اشتراها . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن استيلاء التبريك على الجزء المقرض الذي وقع في نصيبه بد القسة وقيامه فيه بالأعمال التي يقوم بها المالك في ملكه بعد أن كشف اليبب الذي شاب عقد القسة يعتبر إجازة ضمنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٥ ص ٤١٧) - كذلك بعد إجازة ضمنية لقسة استيلاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد على ربح الجزء المقرض الذي وقع في نصيبه في قسة تحت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً ، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال .

- (٤) استئناف مخطط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٥ . وتصرف البالغ في ثمن إجازة ضمنية لبيع قابل للإبطال (استئناف مخطط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥) . وسماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار في الإدارة إجازة ضمنية للعقد الوكالة (استئناف مخطط في ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤) . وانضمام القاصر بعد بلوغه سن الرشد لأبيه في طلب قسة عطر مشترك بينهما إجازة ضمنية لقسة تحت دون مراعاة الإجراءات القانونية قبل بلوغ القاصر سن =

غير المميز ، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بجميع الطرق ولو بالينة أو بالقرائن (١) .

٣١٨ - أثر الموجبة : وإذا أُجيز العقد القابل للإبطال ، زال

حتى المتعاقدين التمسك بإبطال العقد ، واستمر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال . وهذا معناه أن العقد يتقلب صحيحاً بوجه بات . ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة ، لأن للإجازة أثراً رجحياً . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد . فلو أن قاصراً باع عيناً ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته لبيع رهن العين ، فإن إجازته لبيع بعد ذلك لا تضر الدائن الرهن ، وتنقل العين إلى المشتري مقالة بحق الرهن (٢) .

= الرشد (استئناف مخطط في ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ من ١٧٥) . واستقطب القاصر بعد بلوغه سن الرشد القطر الذي باعه وهو فاسر لإجازة ضمنية لبيع (استئناف وطني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ من ١٢٣) — ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع المخطط المبرع لإجازة ضمنية (استئناف مخطط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ من ٤٥) — وبمجرد الكسوت من طلب البطلان لا يعتبر إجازة مباحات المدة ، إلا إذا سقط الحق بالتادم (استئناف مخطط في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٤٦) — وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٤٧٢) ، ما لم يفسم من هذا الكسوت أن المصنف قد نزل عن طلب البطلان (بني سوف الجزئية في ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ من ١٣٣) — ولا يعتبر إجازة ضمنية أن يدفع المتعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مخطط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢٨٥) ، ولا دخول المتعاقد في مفاوضات للصلح لم تكن متبعة (الاستكتمرية المخططة التجارية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ من ٤) ، ولا الإضفاء على عنصر حصر التركة المشار فيه إلى العقد القابل للإبطال مادام من أقصى لا يبعد بإسنائه إجازة العقد .

(١) بلانول وريير وإسبان ١ فترة ٣٠٦ — فرون دي حلفس ١ لفظ (confirmation)

فترة ١٢ .

(٢) ومن التقهاء من يقول بعكس هذا الرأي على التخرج الآتي : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يقرر بطلانه ، وذلك تنتقل الملكية إلى المشتري ، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد صادراً من غير مالك ، فلا يسرى في حق المالك وهو المشتري ، وبعد إجازة النبيح تنتقل العين نهائياً إلى المشتري خالية من الرهن (بلانول ٢ فترة ١٣٠١) . هذا وإذا كان العقد القابل للإبطال من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لإعادة شهره بعد إجازته ، وبقي الشهر الأول حافئاً لمحيته (بلانول وريير وإسبان ١ فترة ٣٠٤ من ٤١٨ — بوهدي وبلود ٣ فترة ١٩٩٢) .

والإجازة لا تقتول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة . فإن كانت هناك عيوب أخرى بقى باب الطعن مفتوحاً من أجلها . ومن ثم إذا تعاقب قاصر وكان واقعاً في غلط ، وأجاز القدر بعد بلوغ من الرشد فيها يتعلق بتقص الأملية ، بقى له الحق في إبطال العقد للغلط .

المطلب الثاني

التقادم

١٤ - العقد الباطل

٣١٩- دعوى البطلان تقط بالتقادم: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من القانون الجديد على ما يأتي : «وتقطع دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد» (١) .

(١) تاريخ النص (المادة ١٤١ بقريتها) : ورد هذا النص في المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «للتقادم وللغفط العلم والمفسر والقائمين التمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة ، كما أن للمحكمة أن تحضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، وهذا البطلان لا نفعه الإجازة ولا يزول بالتقادم» . وفي لجنة المراجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة «كل ذي مصلحة» لأنها أكثر شمولاً من التصير الواردة في النص الأصل . وطرحت مسألة زوال البطلان بالتقادم ، وبعد المناقشة والرجوع إلى الاستفتاءات قررت اللجنة أن تقط دعوى البطلان بالتقادم ، ولكن يدفع بالبطلان لا يقطع . مثلاً ذلك حية بطله شكلاً إذا لم يسلم الواجب للمضى المرحوب ، ومضى على الحية أكثر من ١٥ سنة ، ورفع المرحوب له دعوى يطلب بالمرحوب بمحض عقد الحية البطل ، فلو أمضى أن يدفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة . أما إذا كان الواجب في هذا المثل قد سلم الحية للمرحوب له بعد سنتين مثلاً من وقت العقد ، ثم انقضت ١٣ سنة من وقت التسليم ، وأراد الواجب أن يرفع دعوى يبطلان الحية ، فلا يجوز له ذلك ، لأن دعوى البطلان تكون قد سقطت بمضى ١٥ سنة من وقت الحية . ويلاحظ أن التقادم هنا هو التقادم المطلق ، لا التقادم المكتسب الذي يقتضى أن المرحوب به يدفع للحية بضع يد عليها خمس عشرة سنة . وأقرت لجنة المراجعة نص المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحر الآتي : «وتقطع دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون دفع ليد» ، وأصبح رقم المادة ١٤٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات . وحسنت لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ عبارة «دون دفع ليد» من الفقرة الثانية لأن من اللزق عليه أن الدفع لا تقادم . وأصبح رقم المادة ١٤١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٥٠ - ٢٥٣) .

وكان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معلوم ، والعلم لا يتقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد . وقد كان هذا رأينا في عهد القانون القديم (١) . ولكن القانون الجديد ، تمشياً مع عمكة النقص الفرنسية (٢) ومع بعض الفقهاء الفرنسيين (٣) ، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم باقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد (٤) . وكان المشروع التمهيدى للقانون الجديد (م ١٩٤) يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، فمكس المشروع الهائى الحكم ، وانتقل الحكم معكوساً الى القانون الجديد على التحويلين فى الأعمال التصديرية (٥) .

فلذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعاً قد استمرت منذ صدور العقد الباطل ، وبقيت دمرأ طويلا ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلا ، ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

٣٢٠ - ولكن الرفع بالبطلانه لا يسقط بالتقادم : ولأن العقد الباطل لا يتقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبق كما كان دائماً معلوماً ، فالرفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة . فلذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلا ، ولم يسلم الأرض للمشتري ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن ما دامت الأرض فى يده ولم يسلّمها للمشتري ، فهو فى غير حاجة الى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد اقفاء

(١) نظرية العقد للوفى فقرة ٦٢٥ .

(٢) نفس فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ١٨٨٠ - ١ - ١٤٥ .

(٣) بلانول وديير ولسان ١ فقرة ٣١٠ .

(٤) أنظر أيضاً فى هذا المنى الدكتور حلى بهجت بدوى بك فقرة ١٦١ .

(٥) أنظر تاريخ نص المدة ١٤١ والأعمال التصديرية الخاصة بها ، ولد سبق ذكرها فى

جلس هذه الفترة - مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٢٥٠ - ص ٢٥٣) .

خمس عشرة سنة ، لأن النفع بالبطلان لا يسقط كما قلنا .

وحق إذا سلم البائع الأرض المشتري : ومضى على صلور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري ، لا بدعوى بطلان البيع قد سقطت هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً . فإذا تمسك المشتري في دعوى الاستحقاق بالبائع الباطل ، دفع البائع بطلان البيع والنفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا . فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض ، ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب ، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان (١) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهي دعوى شخصية يسيرة الإثبات ، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق ، وهي دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن في بيع باطل ، ولرأى استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صلور البيع ، جاز أن يسترده ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فإذا تمسك البائع في دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشتري بطلانه وهو دفع لا يسقط . فيتمكن المشتري عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ، ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صلور البيع .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذي أثر كبير . وقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استيفائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عنه إذا كان لم يدفعه . أما إذا

(١) وهذا بخلاف ما إذا كان العقد قابلاً للإبطال ، فإن بطلان العقد يزول بالتقادم كما سبق . وفي المثل الذي نحن بصدده ، لو كان البيع قابلاً للإبطال وتقدمت الدعوى ، فإن المشتري يكسب ملكية الأرض ، لا عن طريق التقادم المكسب لحق الملكية ، بل عن طريق عقد البيع ذاته حتى غلظ التقادم عليه .

قد البائع حقه في استرداد المبيع ، أوضاع على المشتري حقه في استرداد الثمن ، فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان ، بل إلى التقادم المكسب لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد (١) .

٢٤ - المقد القابل للإبطال

٣٣١ - الدعوى والرفع يستطرح بالتقادم: نصت المادة ١٤٠ من

القانون الجديد على ما يأتي :

١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة النقص أو التدليس من اليوم الذي يتكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لنقص أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (٢) .

(١) أنظر الدكتور حلمي بهجت بقوى بك فقرة ١٦١ ص ٢٤٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي:
١ - لا يجوز الطعن في عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يتم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان للطرف الآخر في ظرف ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان عدم توافر الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، وإذا كان سبب البطلان وجود غلط أو تدليس فمن الوقت الذي يتكشف فيه الغلط أو التدليس ، وإذا كان سبب البطلان هو الإكراه فمن اليوم الذي يتطرح فيه الإكراه ، وإذا كان السبب هو الاستغلال فمن اليوم الذي يتم فيه العقد . وفي كل حال لا يجوز التمسك بالبطلان لنقص أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشر عاماً من وقت تمام العقد . ٣ - يسقط كذلك التقادم الدعوى التي يرد بها إبطال الالتزام في حالة الاستغلال إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد . وأدخلت لجنة المراجعة في النص بعض تعديلات انظر وأصبح رقم المادة ١٤١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الثانية الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة الثالثة بأكملها ، لأن حكم سقوط الحق في رفع الدعوى للترتبة على الاستغلال قد واجهته الفقرة الأولى من المادة ١٣٣ (م ١٢٩ فقرة ثانية جديدة) . وأصبح رقم المادة ١٤٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٩) .

ومن هنا النص يبين أن الحق في إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال . فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع (١) . وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهددًا بالزوال . ويصبح العقد في حكم المجاز ، يثبت وجوده منذ صدوره ، إذ للتقدم أثر رجعي كما للإجازة . ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقدم من حيث حقوق الغير . فقد قلنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير ، أما في زوال البطلان بالتقدم فحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن بيع قاصر عيناً ، ولا يتمسك بعد بلوغه من الرشد بإبطال العقد ، فيتقدم البطلان ويذول ، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره . فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقدم البطلان رتب على العين رهناً ، ثم تم التقدم ، فإن ملكية العين تنحصر للمشتري غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قررناه في حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقدم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقدمها في العقد القابل للإبطال . فقد قلنا أن تقدم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً ، بل يبقى العقد باطلاً ، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقدمها . أما تقدم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا : ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

٣٢٢- مدة التقدم : وقد كانت مدة التقدم في العقد القابل للإبطال في القانون القديم خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . وقد رأى القانون الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى في خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك

(١) ويلاحظ أن انقضاء الإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن انقضاء البطلان في العقد الباطل في أن انقضاء في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته ، إذ سيخضع من ناحية الإجراءات ، صورة دعوى فرعية يحميها الدعوى عليه ويطلب فيها إبطال العقد ، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقدم ، لأنه دعوى والدعوى يرد عليها التقدم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقدم لأنه دفع والدفع لا يتقدم.

جعل المدة ثلاث سنوات قطع ، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته ، أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس ، أو من وقت انقطاع الإكراه ، بحسب الأحوال . فإذا تعطل ببدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم ينكشف الغلط مثلاً إلا بعد أربع عشرة سنة ، فإن الحق في إبطال العقد يتقدم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط ، لأن المدة الأولى هي الأقصر . فالتقدم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كالحالة التي تقدم ذكرها . وأياً كانت مدة التقادم ، فلها توقف وتتقطع وفقاً للقواعد المقررة في التقادم .

وقد حذا القانون الجديد في تقصير مدة تقادم البطلان حذو القوانين الحديثة . أما القانون السوري الجديد فقد أضمن ، كالقانون السويسري ، في تقصير مدة التقادم في البطلان ، فصغت المادة ١٤١ من هذا القانون على أن تكون هذه المدة سنة واحدة . وسرى أن القانون المصري الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً في الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب . ولكن الملة تختلف هنا عنها هناك . فقد روعي في تقصير المدة في تقادم البطلان أن يستمر العقد في خلال مدة معقولة ، فلا يبقى مزعماً مدة طويلة . وروعي في تقصير المدة في تقادم الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات في هذه الدعاوى لم يكن مصدرها إرادة الملتزم ، فهي تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التي تنشأ بإرادة المدين ولا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في العمل غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب . ويلاحظ أن مدة التقادم في الاستغلال - وهو عيب من عيوب الرضاء - أقصر من مدته في العيوب الأخرى . فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع في خلال سنة من تاريخ العقد (م ١٢٩ فقرة ٢) ، فتكون المدة في الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية القياس الرضى وناحية مبدأ السريان .

٣٣٣- سريلاندا: التناقص الجديدة على العقود. جرم قبل قضاة القانون

المجدي: ولما كان القانون الجديد قد قصر مدة التناقص في البطان على النحو الذي قررناه ، فإن هذه المدة القصيرة هي التي تسري بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل قضاة القانون الجديد إذا كان التناقص فيها لم يكتمل وقت قضاة هذا القانون ، وذلك ما لم يكن الباقي من مدة التناقص المقررة في القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد (م ٨ جديد) . ويتضح ذلك في المثال الآتي : قاصر أبرم عقداً في أول يناير سنة ١٩٤٨ ، وبلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . فبدرك القانون الجديد ، في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، هذا العقد وتناقص البطان فيه لا يزال سارياً ، إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . ولا يتم التناقص بحسب القانون القديم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، أي في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ . فيجب في هذه الحالة أن تسري المدة القصيرة التي قررها القانون الجديد ، وهي ثلاث سنوات ، ويكون مبدأ سريانه من وقت العمل بالقانون الجديد ، أي من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فيتم التناقص في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد ، لا في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للقانون القديم .

أما إذا كان القاصر قد بلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ ، وكان قد أبرم العقد قبل ذلك ، فإن التناقص يتم في هذه الحالة في ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للقانون القديم ، لا في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد (١) .

المبحث الثالث

تقرير البطان

(دعوى البطان)

٣٣٤- مسائل مطروحة : يعيناني تقرير البطان أن نبث مسائل ثلاثا :

(١) من الذي يتمسك ببطان العقد . (٢) وكيف يقرر البطان . (٣) وما

(١) أنظر في كثر ذلك المادة ٨ من القانون الجديد . وسنود لتطبيق هذه المادة في شأن التناقص في السبل غير المبرور . ونظراً لطبقاً في شأن التناقص في الإجراء بلا سبب على كل من مدين الطرفين .

الأثر الذي يترتب على تقريره .

المطلب الأول

من متى يتمسك بالبطان

٣٢٥- المدة الباطل والعقد القابل للإبطال : في العقد الباطل يجوز أن يتمسك بالبطان كل من له مصلحة في ذلك ، بل والمحكمة أن تقضى بالبطان من تلقاء نفسها . أما في العقد القابل للإبطال ، فلا يتمسك بالبطان إلا المتعاقد الذي تقرر البطان لمصلحته دون المتعاقد الآخر (١) .
وتفصل ما أجملتناه .

١٨- العقد الباطل

٣٣٦- النص من القانون : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ على ما يأتي :

« إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطان ، والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطان بالإجازة » (٢) .
وقد كان المشروع التمهيدى أوضح بياناً في تعيين قوى المصلحة الذين لهم أن يتمسكوا بالبطان . فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على أن للمتعاقدين والخلف العام والخاص وللدائنين المتمسك بأوجه البطان

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا السدد ما يأتي : « فإدام البطان المطلق يستحق اعتبار العقد مدموماً — وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المدموم — فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطان ولو لم يكن طرفاً في التعاقد ، كالمستأجر مثلاً في حالة بطان بيع المبنى المؤجر بطلاً مطلقاً ، بل ويجوز للدائنين أن يتمسكوا بتقاءه . أما البطان النسبي فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد هو الطرف الذى يصح البطان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٥٦) . وكان المشروع التمهيدى يقضى في المادة ٢٠٠ منه بأن « كل من ادعى سبباً للبطان المطلق أو النسبي يكون عليه إثبات » . « غنفت هذا النص في المشروع التمهيدى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٥ في الملحق) .
(٢) أنظر طرح النص آتياً فقرة ٣١٩ في الملحق .

الواردة في المادة السابقة .

٣٢٧- -تمسك بالبطانة كل ذي مصلحة والمحكمة من عقد نفسها

أما تنقضي به : العقد الباطل لا وجود له كما قلنا . وسرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع ، وقد تنقضي الضرورة العملية في بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى . وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى ، فإن الذي يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك (١) .

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة ، دون قيام هذا الحق ، لا يكفي . فلا يجوز مثلاً أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد . ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان . ففي البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسرد المبيع ، والمشتري حتى يسرد الثمن . وذاتو كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً بطريق مباشر ، وذلك ليسردوا المبيع أو الثمن فيتغنوا عليه بمقوقهم . وورقة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة ، وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فالمرتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن ، والمرتهن من المشتري يطلب البطلان حتى يسرد الدين ، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى في العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشتري يطلب البطلان

(١) عمكة للنسوة الكلية الوطنية في ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ الجلسة ٢٣ رقم ١١٢

حتى يسترد الأجرة . وكل هؤلاء يطلبون البطلان ، لا عن طريق استعمال حق مدينتهم بالدعوى غير المباشرة ، بل بمقتضى حق مباشر لهم .

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم المتعاقدان والدائتون والخلف العلم والخلف الخاص .

بل المحكمة أيضاً - أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، والقاضي لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك .

٣٢٨ - متى يجوز التمسك بالبطلان : إذا كان التمسك بالبطلان عن

طريق الدعوى ، فلا بد من رفعها في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتادم . أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، فيجوز ذلك في أي وقت كما سبق القول ، ويجوز إيداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إيداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) .

٢٥ - العقد القابل للإبطال

٣٢٩ - التصريح القانوني : نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد

على ما يأتي :

« إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » (٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى يورد هذا النص على وجه يبين المحكمة فيه ،

(١) استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ (وكان الدفع بالبطلان قسطنطين ، وهو في هذا مثل الدفع بالبطلان للطلاق) . ونصت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان ، الذي جوزت المادة ١٣٨ من قانون المرافعات (قديم) إيداءه قبل الدخول في موضوع الدعوى وقتت للدائن ١٣٨ و ١٣٩ مرافعات (قديم) بطلوا الحق فيه بالخصور أو بالرد على الورقة الباطلة ، بما يفيد اعتبارها صحيحة ، إنما هو الدفع المتمسك بالبطلان صحيفة افتتاح الدعوى وبطلان أوراق الإجراءات والمرافعات . فليس يصح تعديده هذه الأحكام إلى الدفع بطلان العقود ، لأن الدفع يكون عندئذ من النوع الموضوعية التي يجوز تعديلها في أية حالة تكون عليها الدعوى أو طبق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبياً لا مطلقاً (تخشى مدني في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص ٥١٠) .

(٢) أنظر تلخيص النص فيما يلي (فقرة ٣٣٥ في الماشي) .

فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه « ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة » .

٣٣٠- لا يتمسك بالبطءور إلا المتعاقدين الذي تقرر البطءور لهاتمة :

العقد القابل للإبطال لم تقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين .
فهذا التعاقد وحده ، دون التعاقد الآخر ، هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية ، فنقص الأهلية وحده هو الذي يتمسك بالبطلان (١) . وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فمن شاب لإرادته العيب هو الذي يتمسك بإبطال العقد . وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص . يقتضى حق مباشر لهم ، ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائتين للمتعاقدين ، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة .
كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

٣٣١- متى يجوز التمسك بالبطءور : ويجوز التمسك بالبطلان ، دعوى

أو دفا ، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد . ويجوز إبداء الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذي يبينه في العقد الباطل

(١) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فكل منهما أن يتمسك بالبطلان ، ولا يكون العقد لذلك باطلا بل يبقى قابلا للإبطال ، تصح إجازته ويزول بطلانه بالتقادم ، ولو كان العقد باطلا لا جاز ذلك .

المطلب الثاني

كيف يتقرر البطلان

§ ١ - العقد الباطل

٣٣٢ - **لعمامة إلى حكم تقرير البطلان:** لا كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله ، ولا ضرورة للحكم بالمعدم على معلوم . وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال ، فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويصدر في تصرفه عن هذا الاعتبار . فلو كان العقد الباطل بيعاً ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم يبطلان البيع أن يتصرف في المبيع ، فهو لا يزال في ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع .

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى .

٣٣٣ - **ولكن قد تقضى الضرورة العملية بالحصول على حكم :** وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان . ويعرض هنا في بعض فروض عملية . منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري ، وأراد أن يسترده ، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان في مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق في أي وقت ، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم يبطلان العقد . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، ففي مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيها ذهب إليه .

والحكم الذي يصدر في دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر

على الكشف عن بطلانه .

٢٤ - العقد القابل للإبطال

٣٣٤ - يقرر المظهر، وبالأخص، أو بالقضاء: أما العقد القابل للإبطال

فله وجود قانوني إلى أن يقرر بطلانه . ومن ثم لا بد في تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي . أما التراضي فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية في كل منهما . فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرض ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم التقاضي هو الذي يبطل العقد ، أي ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل . ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً ، فالقاضي لا يملك إلا أن يبطل العقد ، وليس له حق التقدير الذي سراه له في حالة الفسخ (١) .

٣٣٥ - فهو يقرر بأرادة منفردة : وبتيقن من ذلك أن المتعاقد

ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد ، فليس أمامه إلا أن يرض دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد . ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة ، كما أجاز ذلك كل من القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري (٢) . وقد كان المشروع الهائي للقانون الجديد يتضمن نصاً يبيح إبطال العقد في حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ويكفي لإبطال

(١) استتاع مخطوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤٩ من ٩٣ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من القانون الألماني بأن البطلان يقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر . وتنص المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسري بأن العقد إذا شاب غلط أو تدليس أو إكراه ينتقد أجزاً إذا كان الطرف الذي لا يلزمه هذا العقد مكتسباً دون أن يظن للخطب الآخر نصيبه على إبطاله ، أو دون أن ينتد مداه ، وتبرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه (أنظر في ترجيح هذا الحكم نظرية العقد للزلف من ٦٤٨ حاشي رقم ٢ وحاشي رقم ٣) .

العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقدين الآخر بذلك إعلاناً رسمياً بين فيه سبب البطلان وأدله ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره ، دون إخلال بحق المتعاقدين الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرضها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان . وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا النص وتوخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، ونجماً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية (١) .

المطلب الثالث

أثر تقرير البطلان

٢٣٣ - النص في القانون : نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد

على ما يأتي :

(١) كان هناك صانع في المشروع التبريد هما الفنان يتأجلان للعدة ١٣٨ من القانون الجديد ، وكانا يجران على الوجه الآتي : م ١٩٦ - ليس لسير الأشخاص الذين قرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة الباقية . وهذا البطلان تخلفه الإجازة وزول بالتادم م ١٩٧ - ١ : يكفى في تقرير البطلان النسبي إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً - ٢ : وإذا كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً ، وتقرر بطلانه ، اعتبر باطلاً من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لأثاره حتى يتقرر البطلان - ٣ : على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا يضر بالخير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في مادة واحدة ، بعد حذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها وارد في مكان آخر ، وبعد جعل جواز إبطال العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرضها في خلال سنة ، وبعد تحويل في القنط يعمل المسمى أقرب إلى التطبيق السهل من التقرير القفسي ، فأصبح المسمى في المشروع النهائي (م ١٤٢) يجرى على الوجه الآتي : ١٥ - إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يسك بهذا الحق . ٢ - ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقدين الآخر بذلك إعلاناً رسمياً بين فيه سبب البطلان وأدله ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقدين الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرضها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان . ووافق مجلس النواب على هذا النص - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، واتسمت اللجنة في ذلك ، ثم وافقت الأغلبية على عدم قبول هذا المسك وعلى حذف الفقرة الثانية وتوخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ونجماً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية . وأصبح رقم المادة ١٣٨ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية م ٢٣٥ - م ٢٤٠) .

- ١ - في حالي إبطال العقد وطلانه يباد المتعاقدان إلى الحالة التي كانت عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز المحكم بتعويض معادل .
- ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (١) .
- ويتبين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال ، إذا تقرر بطلانه ، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالقسبة إلى الغير . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

(١) تاريخ النسي : ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المرسوم التمهيدى على الوجه الآتي :

- ١ - إذا تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، أميد المتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليها قبل العقد . فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدل به تعويضاً يعادله . ٢ - ومع ذلك لا يلزم بالنقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . ٣ - لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للأداب أن يتردد ما عاد عليه ، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب . ٤ - وفي لجنة الرأفة حور النص تحويراً فعلياً فجنبت استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي ، وحذفت الفقرة الثالثة لأنها لا تتفق مع مطلق البطلان . فأصبح النص مطابقاً لوجه الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٤٦ في المرسوم التمهيدى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون للذي يجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً ، وأصبح رقمها ١٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (محوطة الأعمال التشريعية ٢ من ٢٥٤ - من ٢٥٩) .

هذا وقد ورد في للذكرة الإيضاحية للمرسوم التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « يد أن عبه إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتسك به . وتنتج القاعدة نفسها ، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق . فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أثره بواجب العقد بطلاناً من وقت نشوئه ، دون أن يحل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية ، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان في حالة البطلان النسبي . (وقد اتبع المرسوم التمهيدى نظام تقرير الإعلان النسبي عن طريق الإعلان كآريتنا) . ويلزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تلحه بجنس العقد . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : أولاً حالة نقص الأهلية ، فهو لا يبال عن الرد إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . والثانية حالة وفاة أحد المتعاقدين بالتزام في عقد بطلان لسبب مخالفته للآداب ، فلا يجوز لكل هذا المتعاقد أن يتردد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب . وعلى هذا النحو أبجبت المرسوم وجه المحكم في مسأله أنير بشأنها خلاف شديد (أنظر المادتين ١٣٠٦ و١٣٠٥ من القانون الإسباني ، والمادة ٦٩٧ من القانون البرتغالي ، والمادة ٢٧ من المرسوم التمهيدى الإطالي ، والمادتين ٧٧/٧٧ من القانون التونسي والمراكشي ، والمادة ٨١٧ من القانون الآلاي ، والمادة ٦٦ من قانون الأندلس السومري ، والمادة ١٣٢ من القانون البولوني ، والمادة ٩٧١ من القانون البرازيلي ، والمادة ١٨٠ من القانون الصيني ، والمادة ١٤٧ من القانون السوفيتي) .

١٨- قباين المتعاقدين

٣٣٧ - **نحول كل أثر للعقد :** إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له (١) ، وأرجع كل شيء إلى أصله . وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التصيرية لا المسؤولية العقدية .

فإذا كان العقد يبعاً وتقرر بطلانه ، والمشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المشتري المبيع بشمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية ، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالقوائد عن الثمن الذي يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك . وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانتا عليها قبل العقد . واسترداد كل متعاقداً أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد .

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً بأن هلك المبيع مثلاً في يد المشتري وبخطأ منه (٢) ، حكم القاضي بتعويض محادل ، فالزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التصيرية لا على أساس العقد الذي تقرر بطلانه ، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق .

وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار وتقرر بطلانه ، فالمنفعة التي استوفها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعرض عنها - وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز .

(١) فيما عدا ما قدمناه من آثار عينية أو أصلية ترتب على العقد البطلان .

(٢) أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة ظاهرة ، فما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمناه ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تخصي - كما سنرى عند الكلام في دفع غير المستحق - بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه تعلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك البين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يترد المبيع الخالف في الصورة التي آل إليها بعد الخلف دون أن يطعن تعويضاً عن الخلف . أما إذا كان المشتري سيئ النية ، أي يعلم أنه تعلم شيئاً غير مستحق له ، ألزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يمنعه من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان بهلكه ولو كان في يد البائع (غرض نظرية العقد للوفاء ص ٦٥٢ حاشي رقم ١) .

يق أن نشير إلى حالتين خاصتين : (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة
نقص الأهلية .

٢٣٨ - حالة عدم المشروعية: (*) اشتمل المشروع التمهيلي لقانون

الحديد على نص في هذا الصدد . فقضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من
هذا المشروع بأنه لا يجوز لمن وفي بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه
إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب . فحذفت هذه الفقرة في
المشروع النهائي لأنها لا تتماشى مع منطلق البطلان . ذلك أن منطلق البطلان
تقضي في العقد الباطل ، أيا كان سبب البطلان ، بإعادة كل شيء إلى أصله ،
فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له
استرداده .

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية في العقد
الباطل لعدم المشروعية . فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير
مشروع ، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت
من جهته . مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالا ليرد له ماسرقة منه ، فيستطيع
أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته . أما في الرشوة والاتصال
الجنسي غير المشروع والمقامرة وما إلى ذلك ، فن أعطى المال لا يستطيع
أن يسترده ، لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه ، فهو طرف
ملوث لا يجوز له أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur propriam
turpitudinem allegans) . وقد أحترم الفقه الفرنسي هذه القاعدة بإدائه الأمر (١) .

(*) أنظر في هذا الموضوع غاجر (Wagner) في بطلان البيع غير المشروع رسالة من
أوبس سنة ١٩٠٠ - أوبس (Arbus) في البيع غير المشروع رسالة من مونيلي سنة ١٩٠٣ -
سافاتييه (Savator) آثار الواجب الأدبي وجزاؤه رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦ ص ٢٣٩ وما
بعضها - كايان في البيع فقرة ١١٤ - فقرة ١١٩ - ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ - فقرة
٨٨٠ - والتون ١ ص ٣٤٧ - ص ٣٥٤ - الدكتور حلمي يهجت بدوى بك في مقال
له في مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٣٦٠ - ص ٣٦٣ .

(١) توليه ٦ فقرة ١٢٦ و ١١ فقرة ٦٢ - ١ أوبس ورو ٦ فقرة ٠٤٦ مكررو
ص ٣٢٧ ملحق رقم ٨ - لاروسير ١١٣٣ فقرة ١٠ .

ثم تحول عنها لأن المشرع الفرنسي لم ينقلها إلى نصوصه (١) . أما القضاء الفرنسي فقد كان يجرمها كذلك ، ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها ، وأصبح الآن لا يطبقها إلا في العقود المخالفة للآداب (٢) .

ولا يزال القضاء المصري يحترم القاعدة (٣) ، ولم يخرج عليها إلا في أحكام قليلة (٤) .

(١) ديمولوب ٢٧ قرة ٤٣ — لوران ١٦ قرة ١٦٤ — هيك ٨ قرة ٣٩٢ —
بنتوارم ٦٥٤ — بودوى وبلرد ١ قرة ٣١٦ — ديموج ٢ قرة ٨٧٨ م ٨١٠ .
(٢) أنظر تعليلاً تفصيلياً في القضاء الفرنسي في كايطن في الباب قرة ١١٥ — قرة ١١٨ .
ويستخلص كايطن من استعراض القضاء الفرنسي في هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية في جميع العقود غير المبروعة ، بل يحصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب دون العقود المخالفة للقوانين أو لنظام العام . وينص في ذلك إلى أن العقود المخالفة للأدب لا يُلغى أن تنظر فيها المحاكم ، بل الجدير أن تنظر بها من مثل هذه القضايا اللوثة ، فلا تحكم فيها بطلان أو برفض : أنظر بنوع خاص في هذا السبب محكمة بوردو الاستثنائية في ١٣ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ — ٥ — ٣٢٩ — محكمة الجزائر الاستثنائية في ٥ مايو سنة ١٨٩٤ سيرة ٩٤ — ٢ — ٣٠٢ — وأنظر محكمة النقض الفرنسية في ٤ يناير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ — ١ — ١٢٦ في الاتصال الجنسي غير المبروع — وفي ١٥ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١١ — ١ — ٣٨٢ في الرشوة — وأنظر أيضاً ديموج ٢ قرة ٨٧٧ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥ م ١٦٠ — محكمة الاستئناف المختطة في ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختط ١٣ م ١١٥ — وأنظر في القضاء المصري تفصيلاً نظرية المقدم للوفد م ٦٥٥ حلتش رقم ٣ ومرجع القضاء ملحق م ١٤٧ رقم ٢٧٧ — ٥٢٨٣ — بطوروس ٢ م ٤٣٥ — ٤٣٦ . هنا وقد ذهبت بعض الأحكام في مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه القاعدة الرومانية ذاتها ، فنصت بأن من يدفع فوائد تريو على الثعالب القانوني ليس له أن يطلب استرداد ما دفعه زيادة عن ذلك الثعالب من أصل دينه (استئناف وطني في ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ — وفي ٩ مارس سنة ١٩١٥ السرائح ٢ م ٢١٧ رقم ٢٢٩ — استئناف مختط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ م ٦٢ — وفي ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٢٨٨) . ذلك أن الدين الذي دفع الفوائد الربوية غير ملوث ، والمقروض هو الدين الذي اضطر الدين إلى ذلك (أنظر في جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مختط في ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٤٧ — والمادة ٢٢٧ قرة أولى من القانون الجديد) .

(٤) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يولية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٥/٤ م ٢٢٤ — ونصت محكمة الطائرين الجزئية في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (المادة ١٢ رقم ٢٠٧ م ٦٠٣) بأنه وفيما اختلط الآراء في جواز استرداد ما دفع تفتيحاً لفساد قائم على سبب مخالف للأدب أو لنظام العام ، إلا أنه مما لا شك فيه أن نتيجة الرأي القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدي حتماً إلى إضرار حال يأبى القانون ، لأن حرمان أحد القانونيين من استرداد =

وقد أخذت القوانين الحديثة بالقاعدة الرومانية ، من ذلك التفتين الألفي (م ٨١٧) وتفتين الالتزامات السويسرى (م ٦٦) والمشروع الفرنسى الإبطالى (م ٢٧ قرة ٢) (١) .

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة الفقهية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معينة من الوجهتين المنطقية والعملية ، فتتعلق البطلان يقضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال ، حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل . وإذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين ، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت . وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكلية ، فإذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشئ ، حق استرداده ، فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلى غير ملازم ، بل كان عن طريق إعطاء المتعاقد دعوى خاصة (*condictio ob turpem causam*) ، من العدل أن تنكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لا يصح جديراً بها . أما الآن فالوضع القانونى للمسألة قد تغير ، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث ، ولم يعد هناك محل للنظر فى إعطائه دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه ما دام العقد غير ملازم له . والوجه العملى للمسألة ، كوجهها المنطقى ، يقضى هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال . فإدام الغرض بحماية العقود غير المشروعة ، فمن يكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله ، إذ يكون بقاء المال فى يد هذا الطرف الآخر - كالموظف يستبقى الرشوة ، والمأجور على جريمة يستبقى الأجر - أبغى فى التشجيع على الفساد من سلبه إياه . وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا

نظماً منه عقاباً له على ما فرط منه من تمكن الباطل الآخر من الاستئلاع بما حصل عليه جزاء على إجرائه أو تدليه أو خروجه على الآداب العامة ، ومهما كان أصله من هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر انطباقاً على القانون ألا يرتب على العقد الذى السبب غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، ويكنى المسترد عقاباً ما يناله من تصحير يرتب على إنعانة محتويات العقد وما كان يدبره فى الخفاء مخالفاً للقانون والآداب .

(١) وأخذت بها بعض القوانين الأقدم عهداً : القانون النمساوى (م ١١٧٤) والقانون الإسبانى (م ١٣٠٥ - ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م ٦٧١ - ٦٩٢) - وغضى بأن المال الذى لا يسترد يكون ملكاً للقرينة تصرفه فى أغراض خيرية .

غائلة القانون !!

لذلك أحسن القانون الجديد صنفاً في إغفاله النص الذي كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه ، وقد حذف في المشروع النهائى كما قلنا ، لأنه نص لا يتمشى مع منطق البطلان . وإذا كانت هناك أحوال تقتضى النظر ، فإن القواعد العامة تكفى في معالجتها ، كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالاً غير مشروع في مقابل مال أعطاه إياها ، وهو يريد الآن استرداد هذا المال . في مثل هذه الحالة لا ترد في إنكار الاسترداد عليه ، وتستبقى المرأة المال ، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً ، ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهى قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها ، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذى أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع (١).

٣٣٩ - حارس نكص الوطية : وإذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص

أهلية أحد المتعاقدين ، وأبطل ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التى قدمناها . أما المتعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها . والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من القانون الجديد في دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه وإذا لم تتوافر أهلية المتعاقد فيمن تسلّم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أئثر به . وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في حالة الوفاء لناقص الأهلية في دعوى غير المستحق .

§ ٢ - بالنسبة إلى الغير

٣٤٠ - تأثر من الغير بالبطور: ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة

فيما بين المتعاقدين ، بل يملأها إلى الغير . فإذا رتب المشتري على العين التى

(١) هنا وإذا اعتبرنا أن القانون الجديد قد جاء مفسراً لقاعدة القانونية التى يجب اتباعها في صد العقود غير المصرّوعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها ، فإنه يطبق بأثر رجعى ، شأن سائر القوانين المفسرة ، ويسرى على جميع العقود ، حتى التى أبرم منها في ظل القانون القديم . أما إذا اعتبرنا القانون الجديد قد استحدث الحكم الذى أتى به ، فإن هذا الحكم لا يسرى على العقود التى أبرمت في ظل القانون القديم فلا يجوز فيها الاسترداد ، ويسرى على العقود التى أبرمت في ظل القانون الجديد فيجوز الاسترداد فيها . ونحن نميل إلى اعتبار الحكم مستحدثاً ، لأنه أتى مخالفاً لما جرت عليه الكثرة من الأحكام .

اشترأها بقصد باطل أو قابل للإبطال حقاً عينياً ، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً ، ثم تقرر بطلان البيع ، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري . كذلك لو باع المشتري العين من آخر ، فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني .

٣٤١- وجوب تسجيل دعوى البطلان: على أن البائع في المثل المتقدم ، حتى يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة ، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو أن يؤثر بها على هامش تسجيل العقد الباطل . فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه ويجب التأشير في هامش سجل المهررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المهرر وجوداً أو صحة أو نقاذاً ، كدعوى البطلان أو القسح أو الإنفاء أو الرجوع ، فإذا كان المهرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه : « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . »

وينبغي من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان ، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد ، سواء كان مبيعاً أو كان حسن النية . أما إذا تلقى الحق المبنى قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان مبيعاً النية ، ويبقى إذا كان حسن النية . ومهما يكن من أمر - وليس هنا مجال التفصيل في ذلك - فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فنص في المادة ١٠٣٤ على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن . »

الفصل الثاني

آثار العقد

٣٤٢ - نية آثار العقد من حيث الأشخاص ومنه حيث

الموضوع : إذا نشأ العقد صحيحاً قد خلصت له قوته الملزمة ، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزموا به .

فالمتعاقدان دون غيرها هما اللذان يلتزمان بالعقد : ومن هنا نرى نية آثار العقد من حيث الأشخاص . ويلتزمان بما تضمنته العقد من التزامات دون غيرها : ومن ثم نرى النية من حيث الموضوع .

فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة : (أولاً) من حيث الأشخاص . (ثانياً) ومن حيث الموضوع . ونبحث كلاماً من هذين الأمرين .

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣ - المتعاقداً والغير : العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا

المتعاقدين . ولا يجاوزهما إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير . فنحن نبحث : (أولاً) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين . (ثانياً) أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤ - الحلف العام والحلف الخاص : إذا قلنا إن العقد لا يتناول

أثره إلا المتعاقدين ، فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة والمتعاقدين .

فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب ، بل المقصود هما ومن يمثلاه في التعاقد . فالمتعاقدان إذا تعاقدتا انصرف أثر العقد إليهما ، وانصرف كذلك إلى الخلف العام ، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص (١) .

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات ، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها . والخلف الخاص (ayant - cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها ، كالمتشترى يخلف البائع في البيع ، والموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصى ، والمتنع يخلف المالك في حق الانتفاع . والخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، لا يعتبر من الغير في العقد ، فينصرف إليه أثره على التفصيل الذي نذكره فيما يلي .

المطلب الأول

الخلف العام

٣٤٥ - النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٥ من القانون الجديد على

ما يأتي :

وينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من

(١) وينصرف كذلك إلى الثالثين على نحو مبدئي سنبيته في الجزء الثاني من الكلام فيما يكفل حقوق الثالثين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان . وقد تضمن المشروع التمهيدى ضاً هو المادة ٢٠٢ من هذا المشروع ، جرت على الوجه الآتي : « يمنح للعقد على ثالث المتعاقدين إلا إذا اضطر على غش أو كان عقداً صورياً » . لحذف النص في المشروع النهائي لأن أحكامه المذكورة بالتفصيل في نصوص تالية (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ من ٢٧٤ في الخامس) وعند معالجة أثر العقد بالتبعية إلى الثالثين يأتي الكلام في الدعاوى الثلاث للمروفة : الدعوى غير الملمرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : مجموعة الأعمال التضيرية ٢ من ٢٦٨ - من ٢٦٩) .

واضرباً أثر العقد إلى الثالث لا يعني أنه خلف عام أو خلف خاص ، بل إن الثالث بالتبعية إلى العقود التي يرميها مدعنه في موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص .

نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام (١) .

٣٤٦ - **انصراف أثر العقد إلى الخلف العام :** ويبين من النص المتقدم أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام . ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشأ العقد تنقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد . أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية - وهي الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال في مسائل الميراث - مبدأ خاصاً يقضى بالآ تركه إلا بعد سداد الدين . ومقتضى هذا المبدأ أن يبقى الالتزام في التركة ، دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث ، حتى يتقضى . ومن ثم أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث . ومن ثم عني القانون الجديد بتنظيم تصفية التركة ، فأورد نصراً هامة في هذا الشأن (م ٨٧٥-٩١٤) تنظم سداد ديون التركة ، وتكفل حقوق دائئها ، وتحمي الغير الذي يتعامل مع الوارث .

ويرتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له عليه (٢) ، وفي الصورية يسرى في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص في المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (قبلاً بعداً تحويراً فعلياً) ، وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحوير المنطوق تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب ، فجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بنواتهم ، بل تعاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن السلفة القانونية شخصية بمحة . ويتخلص ذلك من لراثة المتعاقدين ، صريحة كانت أو ضمنية ، أو من طلبة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة ، أو من نص في القانون ، كما هي الحال في حق الانتفاع . وعلى ذلك ينتقل إلى الوارث ما يترتب العقد من حقوق والتزامات . أما الخفيون فيكون انتقالاً كاملاً . يد أن حكم الالتزامات يقتضى تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث . ذلك أن الوارث لا يلزم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ... فليس ينبغي أن يزل هذا النص عن الموضع التي تضمنها المشروع شأن تصفية التركة » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٢٧٢) .

(٢) وسرى أن هناك فروماً يكون فيها الخلف العام من الغير ، فلا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ .

٣٤٧- متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاء خلفاً :

على أنه يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها في المادة ١٤٥ ، وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً ، وهي ثلاث :

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين . فإذا أراد أن حقاً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد ، فلا ينتقل إلى الوراث من بعده ، صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للآداب . فيجوز مثلاً أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته ، فإذا مات المشتري وجب على الورثة دفع الثمن في الحال من التركة . كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون البائع الحق في استرجاع العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع (١) .

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تأتي أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام . وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً . فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد ، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته ، لأن حق الانتفاع تقتضي طبيعته القانونية بأن يقتضى بموت صاحبه . وإذا حصل شخص بتقتضى عقد على إيراد مرتب طسول الحياة ، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقتضى باتيانه بموت صاحب الإيراد . كذلك كل التزام نشأ من عقد ، ولوحظت فيه شخصية الملتزم لوصفة خاصة به ، يقتضى بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية ، كضمان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالعقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته ، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو في التركة .

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص في القانون يقتضي ألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . والقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً . من ذلك ما تقتضيه المادة ٥٢٨ من أن

(١) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري أن ما يتبقى من أقساط الثمن بعد موت البائع يدم إلى أحد الورثة دون الآخرين ، إلا في حدود الوصية .

الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المادة ٦٠٢ من أن لإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضى بموت المزارع ، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل .

٣٤٨- متى لا يتصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير :
وهناك فرض ينظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير . وذلك أن القانون يعطى للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه ، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به . ولذلك يعتبر الوارث في هذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات . فالقانون يبيع للمورث التصرف في جميع أمواله حال حياته ، معاوضة أو تبرعاً ، حتى لو أضر هذا التصرف بالورثة ، وحتى لو تعتمد المورث هذا الإضرار . أما إذا تصرف في ماله لما بعد الموت بطريق الوصية ، وهو تصرف لا يكلفه شيئاً في حياته ، فيتحكم بذلك في حفظ ورثته تحكماً يأباه النظام العام ، فإن القانون - وللمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هي التي تطبق في مصر غالباً في هذه المسألة - يتقدم لحماية الوارث ، ويقيّد من تصرفات المورث ، فلا يبيع له أن يتصرف في ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث . وكالوصية كل تصرف صدر في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م ٩١٦ جديد) (١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث مينا وهو في مرض موته لوارث أو لغير وارث ، وكانت العين تزيد على ثلث التركة ، فإن البيع لا يسرى في حق الورثة فيما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه ، ومن ثم لا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ . فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى عهد كان المورث فيه غير مريض ، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم ، ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن

(١) وهذا بخلاف الوارث فإن القانون يحبه أكثر مما يحسب الوارث ، فلا يبيع للغير أن يتصرف في ماله ولو معاوضة إذا قصد الإضرار بالوارث . وفرق ما بينهما أن الوارث يتلقى المال من غير عوض ، أما الدائن فيتلقاه بعوض .

المحدد قد صدر في مرض الموت . وقد نص القانون الجديد على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ إذ يقول : «وعلى ورثة من تصرف أن يتجروا أن العمل القانوني قد صدر من موثقتهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق . ولا ينتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً» (١).

المطلب الثاني

الخلف الخاص (٢)

٣٤٩- النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٦ من القانون

الجديد على ما يأتي :

«إذا أنشأ القيد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى

(١) وقد قضت محكمة النقض أنه لا يترتب الوارث دائماً مقام المورث في صدقية التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة إلا في حالة خلو هذا التصرف من عمل ظن ، فإذا كان التصرف يمس حق وراثي في التركة عن طريق النسي والتدليس والتجسس على مخالفة أحكام الإرث ، فلا يكون الوارث ممثلاً للمورث بل يعتبر من الأغيار ، ويباح له الظن في التصرف وإثبات صحة طهه بكافة الطرق (عصر مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمز ٢ رقم ٥٢ من ١٥٠). وبلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت ، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم في ذلك . وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ المرفق بالتصرف حجة عليهم لأنهم لم يصحوا بعد من الغير ، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر في مرض الموت أمضوا من الغير ، ولا يكون عبئهم حجة عليهم إلا التاريخ الثابت بالتصرف - وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التصرف في مرض الموت إما أن يكون بحرر ذي تاريخ ثابت أو غير ثابت ، وإذا كان تاريخه ثابتاً فلا يصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذي اكتسب به هذا التاريخ الثابت بناء على أنه من الأغيار ، ولا عبرة في هذه الحالة بالتاريخ المرفق الذي يحمله المحرر طبقاً للمادة ٢٨٨ مدني (قديم) . أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان لمورث المير في أن يثبت بكل الطرق القانونية أن هذا التاريخ صوري وأن التصرف واقع في مرض الموت . وظاهر أن هذا ترخيص بمنح لمورث المذكور في هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجس عن التصرف بحيث إذا لم يحم يثبت أنه كان التاريخ المرفق بالتصرف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحلدة ٣١ رقم ١٢٢ من ٢٥٧ - أظفر أيضاً في هذا الحسنة محكمة مصر الكلية الوصية في ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحلدة ١١ رقم ٣٧٨ من ٧٤ - استئناف محظوظ في ٨ مايو سنة ١٨٩٠ رقم ٢ من ١٠٩) .

(٢) أظفر في هذا الموضوع مقالاً للأستاذ ليانير (Léonard) في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٤ من ٤٨١ - ٥٨٢ - ومقالاً آخر للأستاذ حليم قيس (باشا) في حكم الاغاثات النصفة بالأموال في حق الخلف بسبب خلل في مجلة كلية الحقوق السنة الثانية السعد الرابع من ٤٤ - ٦٥ .

خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه (١) .

وإذا كان هذا النص قد استحدثه القانون الجديد : فإنه - كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - ليس إلا تأصيلاً لتطبيقات القضاة المصريين والفرنسي في هذا الشأن .

٣٥٠ - وضع المائر بالنسبة إلى الخلف الخاص : انصراف

أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام. ويمحى من بادية الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً ما هو الخلف الخاص. فقد قلنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء . والشيء الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالمشترى خلف خاص للبائع فى الشيء المبيع ، وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل فى الحق المحال به ، وهذا استخلاف فى حق شخصى . والمرتهن للدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنه : وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على حق شخصى . ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً ، سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء . أما من يترتب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى بتأليف مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظى بسيط . ووافقت أغلبية لجنة المراجعة على استيفائه من المشروع التمهيدى تحت رقم المادة ١٥٠ - ووافق عليه مجلس النواب - وفى لجنة القانون للدراسة مجلس الشيوخ استقبلت بعبارة « إذا أنشأ القيد حقوقاً والالتزامات » عبارة « إذا أنشأ القيد الترتيبات وحقوقاً شخصية » لأن النص يتعلق بالخلافة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التى يولدها القيد . وحذف من النص الأخير من النص عبارة « أو يستطيع أن يعلم به » حتى ينحصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به لدفع الوضع . وأصبح رقم المادة ١٤٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٨) .

فلا يكون خلفاً خاصاً له ، بل يكون ذاتاً . فالمستأجر ليس بخلف المؤجر ، بل هو ذاته له (١) . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي . إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار ، لأنه تلقى عنه حق شخصياً ، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي . ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشتري ، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعي ، فلا يكون البائع متلقياً للملكية من المشتري كما في المقابلة ، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشتري فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية (٢) .

والمثل المألوف في الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه ، كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة . فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التي باعها ، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري ؟ بديهي أن العقد إذا كان قد أبرم بعد انتقال المبيع إلى المشتري فإن أثره لا ينصرف إلى المشتري إذ يعتبر من الغير . أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال المبيع إلى المشتري ، فهذا يختلف الوضع . إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري وقد تلقى المبيع والعقد في شأنه قائم ؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان : (أولاً) أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المختلف فيه . أما إذا كان قد أبرم في شأن آخر فلا تعرض المسألة ، كما إذا باع شخص عيناً وأصبح المشتري خلفاً خاصاً له في هذه العين ،

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة ، كأن يفتح التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة . ويجوز كذلك أن يملن في تصرف مدينه بالدعوى البوليمية ، كما إذا باع المؤجر العين متوالتاً مع المشتري حتى يخلص من حق المستأجر بغرض أن الإيجار غير ثابت للزوج .

(٢) والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بميل إرادى ، كعقد أو وصية ، فمن يكسب عيناً بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلي (دى هلنس ١ في الخلف فقرة ٢٢ - الدكتور حلى بهجت بدوى بك فقرة ٢٠١ - ترون لابورد لاكوسه فقرة ١١٦ وما بعدها) . والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف يكون بأى سبب من أسباب انتقال الملك كالقصد والوصية والتقادم ، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشيء بميل إرادى ، فهو وحده الذى يتشعب مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهي الفكرة التى يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كالمستأجر .

فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر قرض عقده البائع حتى لو كان هذا القرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل في ضمان العام المقرض ، وليس المقرض في هذه الحالة إلا الطعن في البيع بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها . (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه للخلف الخاص . فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذي انتقل فيه الشيء إلى الخلف (١) .

ونأتي بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التي نحن بصدد حلها : أمن شخص على منزله من الحريق ثم باعه . فهل ينتقل المشتري حق البائع في التأمين ؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشتري أن يكون البناء على نحو معين ، ثم باع المشتري الأرض لمشتري ثانٍ ، فهل ينتقل إلى المشتري الثاني التزام المشتري الأول بالبناء على نحو معين ؟

٣٥١- متى ينصرف أثر المقرض إلى الخلف الخاص : وقد وضع القانون الجليد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص . فذكر أن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه . وقد قلنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلاً لا جرى عليه القضاء في مصر وفي فرنسا قبل صدور القانون الجديد .

وتعتبر الحقوق من مستزمات الشيء إذا كانت مكتملة له . كما تعتبر الالتزامات من مستزمات الشيء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق

(١) وقد جاء في الذكر الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « الخلف الخاص هو من يكتب من ينسب إليه حقاً عينياً على شيء معين ، كالشئ والوهميه والمنتهى ، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص شروط ثلاثة : أولاً أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف للشيء الثاني ، وبراى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥) .

والحكم كالعقد لا يمتد أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف ، ولا يكفي أن نكون الدعوى قد رفضت قبل انتقال الشيء . إذا كان الحكم قد صدر بعد ذلك (أنظر في هذا المعنى محكمة صر للكلية الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ الحاملة ٢٠ رقم ٦٢١ ص ١٢٢٨) .

الملكية للشيء إنما هي في الواقع من الأمر تعتبر من توابع هذا الشيء ،
والناتج ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التي تعهد الشيء فيجب أن تنتقل
أيضاً معه ، لأن السلف لا يستطيع أن ينتقل إلى الخلف أكثر مما يملك . ومن
ثم كانت الحقوق الملكية للشيء والالتزامات المحددة له هي من مستلزمات
هذا الشيء ، تنتقل معه إلى الخلف الخاص . وننظر الآن في تليقات عملية
للذين المعيارين القرعيين .

٣٥٢ - الحقوق الملكية للشيء: الحق ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ،

يجب أن يكون مكملاً للشيء الذي انتقل إلى الخلف كما قلنا . وعلى ذلك
ينتقل إلى الخلف :

(١) الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء . فإذا كان السلف قد رتب
بمقتضى عقد حق ارتفاق لعين ، فإن الخلف الذي تنتقل إليه العين يتلقاها
متمتة بهذا الحق (١) .

(٢) الحق الذي يكون تأمينا للشيء ، سواء كان هذا التأمين عينياً أو
شخصياً ، لأن التأمين يعد مكملاً للشيء ، إذ هو يحفظه ويقويه . فإذا حول
المالك حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته بن كفالة أو رهن أو
غير ذلك (٢) .

(٣) وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها
درء ضرر عن الشيء ، لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد
مكملاً لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات . فإذا تعاقد شخص مع شركة
لتأمين منزله من الحريق ، ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل

(١) ونحن في هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف حقاً عينياً أو حقاً
عينياً ، خلافاً لما ورد في الأعمال التصديرية أمام لجنة القانون المدني المجلس النيابي (هون أيضاً
الدكتور حلي بهجت بكقرة ٢٠٤ - ققرة ٢٠٤ مكررة) .

(٢) وكالتأمينات دعاوى التمسح فخر من شأنها تأكيد الحق ، فالحال له بالتأمين ينتقل إليهم
البائع في التمسح إذا لم يتوفى التأمين من التمسح ، بخلاف دعاوى الطلاق فهي لا تنتقل إذ هي
مختلفة مع الحق لاؤكد . كذلك ينتقل الحق في المصروف على سند تفتيش بالذين الحال به
(هكذا استضاف أسبوط في ٩ مارس سنة ١٩٤٨ المجلد ٢٨ رقم ٤٢٨ ص ١٠٤٨) .

مع المنزل المشتري (١). وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين (٢).
ومثل حق البائع في التأمين حقه قبل البائع له في ضمان الشيء ضمان استحقاق
أو ضمان عيب ، فالبايع لشيء ينتقل مع هذا الشيء إلى المشتري حقه في
الضمان (٣). ومثل هذا أيضاً حق بلع المتجر في عدم منافسة شخص آخر
للمتجر أو في تقييد موئلف قديم في حريته في العمل حتى يمنع عن هذه المنافسة ،
هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدراً خطر المنافسة عن متجره فهي مكرلة
للمتجر وتنتقل معه إلى المشتري .

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكرلاً للشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف .
وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذي انتقل إلى الخلف
أو درء الخطر عنه . فإذا تعاقد السلف مع مقول لإقامة بناء على الأرض
التي انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف . ومثل هذا حق
صاحب السيارة إذا استأجر مكاناً تلوى إليه السيارة (جراج) ، فإذا باعها
لم ينتقل هذا الحق إلى المشتري .

(٢) حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فإذا اشترى طيب أرضاً قيم

(١) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي أولاً ، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن
يطلق بتفسير عقد التأمين ورد فيه عادة شرط يفضى بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بغير
حاجة (بلانول وريبير وإسمان ١ بقرة ٣٣١ م ٤٥٤ حاشي رقم ٤) . أما القضاء المصري
فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشئ عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشيء المؤمن عليه إلى الخلف
(محكمة مصر الوطنية مستجبل في ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحللة ١٣ رقم ٥٧٠ م ١١٤٣ -
استئناف محتاط في ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٣٥) . ولكن للذكرية الإيضاحية
لتمشروع التهديد تغير صراحة إلى عكس ذلك فنقول : ... أن تكون الحقوق والالتزامات
الناشئة عن العقد مما يجبر من مستلزمات هذا الشيء ، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق
مكرلة كعمود التأمين مثلاً ، أو إذا كانت هذه الالتزامات تمتد من حرية الانتفاع به كما هو
التأثر في الالتزام بعدم البناء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٢٧٥) . أنظر أيضاً في هذا
المسألة توتاً خاصاً صدر في سويسرا سنة ١٩٠٨ .

(٢) بلانول وريبير وإسمان ١ بقرة ٣٣١ م ٤٥٥ .

(٣) وللمشتري أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لثامه بضمح الاستحقاق أو بضمان
العيب أو بأى ضمان اشترطه البائع لنفسه . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان ،
فإن هذا لا يمنع المشتري من الرجوع بالضمان على البائع الباع .

عليها مستثنى متفلاً ، وتعاقد مع بعض العامل على توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستثنى ، فحقه قبل هذه العامل لا ينقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستثنى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستثنى لا بالأرض التي يبيع . وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبقي المشتري على هذا الجزء مصنفاً لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشتري أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا يخضع به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

٣٥٣ - الالتزامات المحددة للشيء . والالتزام ، حتى ينقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون محدداً للشيء (١) . وعلى ذلك ينقل إلى الخلف : (١) الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهِرت طبعاً لما يقتضيه القانون . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى مصادق ارتفاق على العين ، فإن العين تنقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف ، أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالإتزام المؤجر ، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فلا تنقل التزاماته إلى المشتري إلا منصوص في القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف (٢) .

(١) ونحن عادة إن الالتزام ينقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين ، كما ينقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق . وقد كان القانون المدني القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يخص بأصناف آثر القيد إلى الخلف المخلص ، ومن ثم كانت هناك مشكلة في تأصيل انتقال الالتزام إلى الخلف ، فطلبنا الله إلى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالالتزام لمصلحة الثالث (نظرية القيد للوفاة ص ٧٤١ ملحق رقم ١ - هـ) فكانت كقولنا حتى يهتج بدوى بك ص ٢٠٧ وما بعدها) ، أما في القانون الجديد فلا حاجة بنا إلى هذا التصور بعد أن اعترف هذا القانون بحوالة الدين ونقلها في نصوصه . بل إن نص المادة ٩٤ من القانون الجديد أصبح الآن يكفي وحده بدءاً لأصناف آثر القيد إلى الخلف ، وتكون حوالة الحق أو الدين تحت بحكم القانون .

(٢) كذلك التزم صاحب التجر نحو مستغني لا ينقل إلى المشتري للتجر ، فلا يبرر المشتري على إلتزام غفود هؤلاء المستغنيين إلا إذا اشترط عليه ذلك ، ويقع البائع وحده مسؤولاً عنهم ، كما أن حق البائع قبلهم لا ينقل إلى المشتري — وهنا نلاحظ أن التجر في ذاته مجموع من المال ، فلا اعتبرنا أن المشتري يخلف البائع في هذا المجموع فيصح بهذا الاستنتاج طناً ، لاكتلت جميع حقوق التجر والتزاماته إلى المشتري ، وقد يدخل في ذلك حقوق التجر والتزاماته نحو المستغنيين إذا اعتبرناها ملحقاً في هذا المجموع من المال . ولستنا نعتبر مشتري التجر حقاً غاملاً لنامه ، لأن التجر وإن كان في ذاته مجموعاً من المال ، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع المال الخارج عن أن يكون عيناً معينة وليس بجزء شائع في هذا المجموع .

(٧) الالتزام الذي يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال. فإذا التزم السلف بقصد ألا يستعمل المنزل الذي يملكه في حى السكنى مقهى أو مطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حرمين في الارضاع بالبناء أو في مساحة وقته ، فإن هذه القيود ، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتباطات عينية ، تنتقل إلى المشتري بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة . وقد اعتبرها القانون الجديد (م ١٠١٨) ارتباطات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(٨) التزام السلف الذي يقل يده عن استعمال بعض حقوق المالك : كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل في استخراج المعادن فاشتطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة في جهة معينة كفاً للمنافسة (١) .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذي انتقل إلى الخلف ، فلا ينتقل مع الشيء إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) التزام السلف إذا كان لا يقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال بعض حقوقها . فالزام بائع الأرض الذي اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشتري الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذي قدمناه . والزام بائع السيارة نحو صاحب «الجراج» لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق (٢) . كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشيء الذي

(١) أنظر مع ذلك محكمة الاستئناف المخططة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق منع مواد معينة والزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج فلها للمنافسة ، ثم بلغ الحق الذي اشتره إلى مشتريه ، فإن الالتزام الذي ترتب في ذمته لا ينتقل إلى المشتري الثاني (١ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٢٣٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ١٢ م ٢٢٧) .
ولم أن تبيح الحكومة أرضاً ، وتشتط على المشتري أنها « إذا زرع ملكيتها للسلطة العامة في خلال مدة معينة فلا تلزم إلا برد الثمن فقط » فإذا باع المشتري الأرض لشخص ثان فلتزم بالتعويض الثاني بهذا الشرط باعتباره خفياً خاسماً للمشتري الأول .

(٢) ويمكن القول بوجه طمأنينة إذا لم ينتقل الحق ، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل .

انتقل إلى الخلف من الضرر ، سواء كان هذا التصريح ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته (١) .

(٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فليس على من اشترى ملوئاً من لبنائه ، على أن يقوم البائع بالتففة على الواهب أو بجمته ، قضاء شيء من ذلك .

٣٥٤ - وجوب علم الخلف بالالتزامات والحقوق متى تنتقل إليه : وغنى عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه . وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص في انتقال الالتزامات ، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه .

ويشترط العلم اليقيني لا مجرد استطاعة العلم . وقد كان كل من المشروع التمهيدى والمشروع الهائى لقانون الجليلد يكفى باستطاعة العلم ، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به (٢) .

وينبى عن العلم التسجيل أو التقيد فى الحقوق العينية التى يجب شهرها ، طبقاً لقواعد المقررة فى هذا الشأن .

المبحث الثانى

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٣٥٥ - الخلف قد يكونه من الغير : قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف إليه أثر العقد ، إلا فى أحوال معينة يصبح فيها من الغير .

(١) استئناف عظمى فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ س ٢٢٣ - ولا يحتل على المشتري الالتزام الذى نشأ عن وعد ببيع سدر من البائع قبل أن يبيع اليه المشتري .
(٢) أنظر الأعمال التشريعية التى سبقت الإعلنة إليها آخراً قسرة ٣٤٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ س ٢٧٧ - س ٢٧٨) .

فالخلف العام يكون من الغير ، كما رأينا ، إذا أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه قد صدر فى مرض الموت ، فلا يسرى التصرف فى حقه إلا على اعتبار أنه وصية .

والخلف الخاص يكون من الغير ، ولا ينصرف إليه أثر العقد ، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف ، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له .

وتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هى ألا يكون الخلف من الغير ، فينصرف إليه أثر العقد ، إلا أن الخلف ، عاما كان أو خاصا ، يصبح فى أحوال معينة من الغير ، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلا ، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية .

٣٥٦- الغير الأجنبي أصح من الغير : أما الغير ، الذى لم يكن طرفا فى العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين ، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد (penitus extranei) ، فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد . فالصالح الذى يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسرى فى حق بقية الورثة . والعقد الذى يصدر من أحد الشركاء فى الشيوخ لا يقيد بقية الشركاء إلا فى حدود الفضالة . وبيع ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفا فى العقد .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى بانصراف أثر العقد إلى الغير .

فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة (action directe) هى دعوى أحد المتعاقدين على الآخر فى عقد لم يكن هذا الغير طرفا فيه . ولا يكون ذلك إلا بنص خاص فى القانون . من هذا ما تقضى به المادة ٩٦٥ من أن يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى المؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصل وقت أن يتفره المؤجر . فالمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ، هى دعوى المستأجر الأصل فى عقد الإيجار من الباطن ، مع أن المؤجر لم يكن طرفا فى هذا العقد . وكذلك يكون للمقاولين

من الباطن وللمال الذين يشتغلون لحساب المكاول في تنفيذ العمل حتى مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يتجاوز المقدار الذي يكون مديناً به للمكاول الأصل وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢) . والموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٧٠٨) . وستعرض تفصيلاً للدعوى المباشرة عند الكلام في الدعوى غير المباشرة .

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه . كالنصر في الذي يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى في حق الوارث الحقيقي مع أن هذا لم يكن طرفاً فيه ، وكالإيجار الذي يصدر من غير المالك دون غش المستأجر حسن النية فإنه يسرى في حق المالك الحقيقي في بعض الأحوال . ولكن الأثر الذي انصرف إلى الغير في الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يرد المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبنى على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها . أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أراد المتعاقدان ، فذلك ما تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من القانون الجديد ، إذ تقول : ولا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير . ولكن يجوز أن يكسبه حقاً ، (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لنص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون الذي لجس الشيوخ جرت مناقشات طويلة تمديد ، ثم انتهت اللجنة إلى إقراره كما هو تحت رقم المادة ١٥٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٢٠١ — ص ٢٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « الأصل في العقود أن تنصرف آثارها على عاقدتها . فلا يرتب ما تنشئ من التزامات إلا في ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من المفاوض والدائن ، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة . وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق ، فلا ينصرف منها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم . على أنه يجوز الاشتراط لصحة الغير ، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذي يرد على القاعدة » . (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٢٠٢) .

ويقال هذا النص في القانون الجديد النصوص الآتية في القانون القديم :

م ٢٠٢/١٤١ : لا ترتب على الشروط منعة لغير عاقدتها ...

م ٢٠٢/١٤٢ : لا ترتب على الشروط ضرر لغير عاقدتها ...

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب في ذمة التزاماً .
والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير ، ويكسبه حقاً .

ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير .
(٢) والاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

التعهد عن الغير (*)

(Promesse de porte-fort)

٣٥٧ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٣ من القانون الجديد
على ما يأتي :

١٥ - إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بالتعهد .
فلذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ، ويجوز
له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي
تعهد به .

٢٥ - أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثر إلا من وقت
صدوره ، ما لم يبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول
إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد (١) .

(٥) مبنى المرجع : تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ - بلومير
(Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - سانتيه (Savatie) في (Répertoire
pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ و ١٠٠ - نظرية القيد للزلف فرة
٧٧٠ وما بعدها - الدكتور على بهجت بدوي بك فرة ٢٦٣ وما بعدها - الدكتور
أحمد حشمت أبو سميت بك فرة ٣١١ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١٥ - إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم
بضه . ويجب عليه أن يعرض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم . ويجوز له مع ذلك أن
يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به ، إذا كان ذلك في
استطاعته من غير أن يضرب الجاهل - ٢ - أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج
أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن ينسحب أثر الإقرار إلى
اليوم الذي صدر فيه الوعد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات فتلية عمل الترو أصبح قوله =

ولا مقابل لهذا النص في القانون القديم. إلا أن النص لا يتحدث حكماً جديداً ، فقد كان النقص والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور القانون الجديد .

٣٥٨ - الصور العملية للعمور عن الغير : والتعهد عن الغير غير قادر الوقوع في الحياة العملية . ويراد به في الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذي الشأن لسبب ، فيلزم عنه غيره . مثل ذلك شركا في الشروع بتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة الحسية ، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطيع انتظاره خوف ضياع الصفقة ، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويغنون توفى الإجراءات المقدمة للقسم القضائية . في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتعلقة . كذلك الوكيل إذا رأى أن يماز حدود الوكالة ، ولم يتمكن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل ، يستطيع فيما يماز في حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متهداً عن الموكل .

٣٥٩ - مفردات العمور عن الغير وتمييزه عما يقام به : ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية :

(أولاً) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل والقضولى ، فالوكيل يعمل باسم الأصل ، ويتصرف أثر العقد إلى الأصل لا إليه . والقضولى يعمل باسم رب العمل ولمصلحته . فيلزمه بعمله . أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه ، ويتصرف إليه هو أثر العقد .

= ١٥٧ في المبروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون للدق المجلس الشيوخ استبدلت كلمة « تهد » وشققتها بكلمة « وعد » وشققتها ، لأن الشهد يؤدى معنى الالتزام وهنا ما لا يفيد الوعد ، وحذفت عبارة « إذا أمكن ذلك دون إضرار بالمانع » من الفقرة الأولى ، وأدخلت تعديلات لغوية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنس القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنة . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٠٥ - ص ٣٠٩) .

(ثانياً) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده : فإن العقد يكون باطلاً لاستحالة العمل ، إذ أنه لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه . والتزام الغير إنما يأتي لا من تعاقد المتعهد بلى من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سترى . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشتراط لمصلحة الغير . فالمشتراط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذي أبرمه المشتراط ، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تنص بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة (١) .

(ثالثاً) أن يكون الالتزام الذي أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بعمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد . فالتعهد إذن يلزم دائماً بعمل شيء (obligation de faire) . أما الغير إذا قبل التعهد . فإنه يلزم بهذا التعهد . وقد يكون عمله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل . أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر . أو نقل حق عيني كما إذا تعاقد الشركاء في الشروع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع . والتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بالوصول إلى غاية (obligation de résultat) وليس التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen) . فليس يكفي أن يبذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد . بل يجب أن يصل فعلاً إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد . ولكن إذا قبل الغير التعهد . وقف التزام المتعهد عند هذا . فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل . فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير (التمهد عن الغير) . فالأول يحول الغير حقاً مباشراً ، على تمييز الثاني فهو لا يلزم الغير بذاته . فالواعد يلتزم شخصياً ، ويكون من واجبه أن يحوز من تعاقد معه عيناً أو قدماً إذا رفض الغير أن يتعاقد . ومضى هنا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره الوعد ، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تتصرف النية إلى غير ذلك » (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠) .

ولا يكفل إيجاده . لما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير
ولا يكفل تنفيذه (١) .

٣٦٠- للغير أنه يقبل التمسك أو يرفضه : والغير حر في قبول التمسك أو
رفضه . ذلك أن التمسك لم يلزمه بشيء كما قلنا . فهو أجنبي عن القضاء أصلاً
(penitus extranei) ، فلا يتصرف إليه أثره . وهذا ما يحل التمسك عن
الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر .

ويبقى أن نستعرض الحالتين : (١) قبول الغير التمسك . (٢) ورفضه أيها .

§ ١ - قبول الغير للتمسك

٣٦١- كيف يكون القبول : يكون القبول صريحاً أو ضمناً . ومثل
القبول الضمني أن يقوم الغير بتنفيذ التمسك . والقبول تصرف قانوني ، فتشترط
فيه الأهلية . ولا يشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك ، كما
في الرهن الرسمي والهبة .

٣٦٢- أثر القبول : يعتبر التمسك وهو عقدين التمسك والمتعاقد معه -
بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع التمسك . فإذا قبل الغير
التمسك فقد قبل هذا الإيجاب ، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع التمسك .
وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذي تم أولاً بين التمسك والمتعاقد معه .
ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد ، ومن حيث الالتزامات

(١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في هذا السداد ما يأتي : « فلما
وجد شخص بأن يحمل التمسك بالتمسك بأمر ، ونصب فيه زعيماً بذلك ، فلا يكون من أثر هذا
التمسك إلزام هذا الغير . وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتمسك بسل شيء هو الحصول
على إقرار الغير الواعد الذي بذل عنه . ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة . فليس
يمكن عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما في وسعه للحصول عليه ، ولا يشترط
كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا أقرض إقراره . وهذا ما يفرق الوعد
بالتمسك الغير عن الكفالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٠٦) .

هذا وقد قضى تفتيش الالتزامات السويسري (م ١١١) بأن التمسك عن الغير لا يكفل إيجاد
الالتزام في ذمة الغير غيب ، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام . فالتمسك عن الغير في القانون
السويسري يتضمن الكفالة .

التي تنشأ ، ومن حيث الوقت الذي يتم فيه كل منهما .

أما من حيث أطراف التعاقد . فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير . فهناك طرف مشترك في العقدين ، "العاقد مع المتعهد" . أما للطرف الآخر فمختلف . وهو المتعهد في العقد الأول والغير في العقد الثاني .

وأما من حيث الالتزامات . فالعقد الأول ينشئ التزاماً بعمل شيء في ذمة المتعهد ، هو حمل الغير على قبول المتعهد . والعقد الثاني ينشئ التزاماً في جانب الغير قد يكون عمله نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل . وقد مر بيان ذلك .

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير . فليس للقبول إذن أثر رجعي ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد : كما هو صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها . فإذا تعاقد شركاء في الشروع متعهدين عن قاصر فيهم . وقبل القاصر التعهد بعد بلوغ سن الرشد ، فالنهيوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي : يستند إلى وقت تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعي . فإن هذا الأثر ينتفي بالنسبة إلى أي شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي . فإذا تعهد (أ) أن (ب) يبيع متقولاً يملكه إلى (ج) . ولكن (ب) باع المتقول إلى (د) ، ثم قبل التعهد الصادر من (أ) . فإن (ب) يكون قد باع المتقول مرتين متتاليتين ، المرة الأولى إلى (د) . والمرة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعي أضرب هذا بالمشتري (د) إذ يتأخر عن المشتري (ج) . لذلك لا يكون لقبول أثر رجعي بالنسبة إلى (د) فيقتصر على (ج) . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فالنضاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل (١) .

(١) وقد كان الفقه في القانون القديم يحيل إلى أن يحمل لقبول أثر رجعي (أخطر نظرية العقد للوثة م ٨٧٠ - م ٨٧١ ونوع خاص المحللين ٢٠١ م ٨٧١) - هنا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويصل الواحد =

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب في فتمته التزاماً على النحو الذي يبناه ، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثاني الذي كان هو طرفاً فيه . ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة كما قدمنا ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي كان أجنبياً عنه ، بل التزم بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه . والزام الغير بالعقد الثاني يقضي التزام المتعهد بالعقد الأول ، إذ أن المتعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد .

٢٥ - رفض الغير للتعهد

٣٦٣ - **عزم مسؤولية الغير** : قدمنا أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه . فإذا رفضه كان غير مسئول ، لأن التعهد لم يرتب في جانبه أي التزام (١) .

٣٦٤ - **مسئولية المنعبر** : ولكن المتعهد يبق مسئولاً عن العقد الذي تمهينه وبين المتعاقد معه (٢) . وهو لا يتخلص من التزامه العقدي إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبي . ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً (٣) . فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبي كان مسئولاً . وجزاء هذه المسؤولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد . ويقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة .

عمن التزمه بمجرد إقرار الغير الوعد . والواقع أن التزام الواعد يقضى في هذه الصورة من طريق الوفاء . ويرتب على الإقرار أن يصبح الغير مدنياً مباشرة للماعد الآخر ، لا على أساس الوعد الذي قطعه الواعد ، بل بناء على عقد جديد يقوم بملأه من تاريخ هذا الإقرار ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذي صدر الوعد فيه . وفي عن البيان أن الإقرار ينزل مرة القبول من هنا العقد الجديد (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٠٦ - ٢٠٧) .

(١) استئناف مخطط في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ .

(٢) استئناف مخطط في ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ .

(٣) ولكن يترتب سبباً أجنبياً (قوة قاهرة) أن يكون الغير قد أصبح في حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه ، بأن يكون قد جبر عليه أو مات وكان الالتزام متصلاً بشخصه لا يستطيع وورثته أن يقوم به .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله . ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام : إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير . فالإتزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن التزام بئلى . إذ التزمه الأصل هو دفع التعويض ، ولكن يستطيع أن يرى دعت من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه (م ٢٧٨) (١) .

المطلب الثانى

الاشتراط لمصلحة الغير (*)

(Stipulation pour autrui)

٣٦٥ - المقصود من القانونى : نصت المادة ١٥٤ من القانون الجديد

على ما يأتى :

١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للعروع التيمى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا امتنع الغير عن إجابة الوعد ، فلا ترتب على استناعه هذا أية مسئولية ، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته . ويكون من واجبه تنفيذ التزمه ، إما بصيغ المبادى الآخر الذى صدر الوعد لمصلحته ، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذى ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالثان . ويتولى فى هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزم بئلى حق عينى أو بئلى شئ أو بالاستناع عنه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد كان اتفق المصري فى القانون القديم متردداً فى أن يميز لغير أن يبدل عن التعويض لى تنفيذ الالتزام عيناً (أنظر فى هذه المسألة نظرية المدد المؤلف من ٨٧٢ حاشى رقم ٧) . وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً فى حسم هذا الخلاف ، وقضى بجواز ذلك .

(*) بمن المراجع : رسالة الأستاذ لاميير بلربس سنة ١٨٩٣ - رسالة الأستاذ شامبو (Champeau) بلربس سنة ١٨٩٣ - رسالة ليرى (Le Bray) بلربس سنة ١٨٩٩ - سأل فى الالتزامات فى القانون الألمانى نظرة ٢٤٥ - نظرة ٢٥٨ - رسالة الدكتور حمد المينى فى الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الإنجليزى بلربس سنة ١٩٢٥ - مقال للأستاذ لاييه (Labbe) فى المجلة الملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص ٣١٤ - مقال للأستاذ بنشون (Finchon) فى المجلة الانتقادية (Revue critique) فى المجلد التاسع والعشرين ص ٦١٢ - مقال للأستاذ بيكار (Picard) فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٥٥ .

الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية : مادية كانت أو أدبية .

٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب النير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يمتنع على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المتنفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٣ - ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتنفع . إلا إذا تبين من العقد أن المتنفع وحده هو الذي يجوز له ذلك (١) .

ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتي :

١ - يجوز للمشرط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المتنفع إلى المتعهد رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن في ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد .

٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشرط : إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشرط إحلال متنفع آخر محل المتنفع الأول ، كما له أن يتأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة (٢) .

ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتي :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدي على وجه لا يختلف عما هو إلا في بسى تعبيرات لفظية . وقد أقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم المادة ١٥٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « بتنفيذ الالتزام » بدل لفظ « المتعهد » في الفقرة الثانية لإزالة التهمة التي طغت حول كلمة « المتعهد » وجواز انصرافها إلى كل من المدينين ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٠٩ - ص ٣١٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ قيل في خبر عبارة « ما لم يكن ذلك مخالفاً لا يقتضيه العقد » لأن نص الاشتراط يكون مخالفاً لا يقتضيه العقد إذا كانت العلاقة ما بين المشرط والمتنفع تقوم متلاً على مية من الأول لثاني ، وتكون مية لا يجوز الرجوع فيها . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥ . ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣١٢ - ص ٣١٥) .

« يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المستفيع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يمتناوقت القيد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج القيد أثره طبقاً للمشاركة (١) » .

أما القانون القديم فقد اشتمل على نص واحد في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٩٨/١٣٧ ويجرى بما يأتي :

« من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها (٢) » .

وبالرغم مما يسود نص القانون القديم من اضطراب وغموض ، وما تتميز به نصوص القانون الجديد من جلاء ووضوح ، فإن القانون الجديد لم يستحدث شيئاً في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، ولم يفعل إلا أن قن في نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء والفقه في ظل القانون القديم (٣) ..

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المستفيع شخصاً مستقبلاً ، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يمت وقت القيد ما دام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج القيد أثره » . وأقرت لجنة المراجعة النص ، مع استبدال عبارة « متى كان » بعبارة « ما دام » ، تحت رقم المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدى . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضفت عبارة « أو جهة مستقبلة » بدلا من عبارة « شخصاً مستقبلاً » لأن الاشتراط يجوز أن يكون لمصلحة جهة نشأت فيما بعد ، وعُدل النص تعديلاً طفيفاً يناسب هذه الإضافة . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣١٥ - ٣١٩) .

(٢) أنظر في انتقاد النصوص والاضطراب في هذا النص ، وفي الميزة بين أن يكون نصاً في القضاة أو في العهد عن الغير أو في الاشتراط لمصلحة الغير نظرية القيد للمؤلف بقرة ٧٧٨ .

(٣) وإلى هنا تنبه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تحول في هذا الصدد : « ... أصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يصل به إلا في حالات مخصوصة » . ولهذا التلا استبدال المشروع بملادة النافذة الوحيدة التي تضمنها القديم المحال نصوماً بجهة مفصلة حددت في وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره ، فأوجب أن يكون للمستفيع مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ الالتزام للشرط لمصلحة الغير . وأباح له أن ينقض الاشتراط أو يتبدل بالمستفيع شخصاً آخر ، بل وأباح له أن يتنازل لنفسه ولورثته عن حق الشرط مادام الغير لم يمتل رغبته في الاستفادة منها . ويتلقى المستفيع من الاشتراط حقاً مباشراً مصدره القيد ذاته ، وفي هذه الناحية تتجلى الفكرة الأصلية في هذه هذا الوضع بأسره ، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه . ويجوز للمستفيع أو الشرط أن يطلب قضاء هذا الحق ، لأن لكل منها مصلحة في ذلك . وأخيراً نص على =

٣٦٦ - وضع المسألة : ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين مكان

الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية . فلو أننا سرنا في الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا في العهد عن الغير ، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين : العقد الأول ما بين المشرط والمتعهد ، يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المتنع . والعقد الثاني ما بين المتعهد والمتنع ، يلتزم فيه المتعهد نحو المتنع . ويكون الأساس القانوني واحداً في الاشتراط لمصلحة الغير والعهد عن الغير : في كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب في ذمته التزام ، لا بمقتضى العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه .

لو كان الأمر هو ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناية ، ولكننا عالجنا الاشتراط مع العهد في مكان واحد لوحد الأساس القانوني . ولكن الأساس القانوني في الاشتراط لمصلحة الغير غيره في العهد عن الغير . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالعهد عن الغير ؛ بل هو لا يشمل إلا على عقد واحد ، ثم بين المشرط والمتعهد ، والمتنع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أى من عقد لم يكن هو طرفاً فيه . فكيف نأثر المشرع المصرى ، في القانونين القديم والجديد ، هذه الثورة على القواعد التقليدية ؟ وأجاز أن ينشئ العقد حقاً للغير ؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصرى لم يكن مبتدعاً عند ما قرر ذلك . فقد سبقه القانون الرومانى في هذا الطريق ، ومن بعده القانون الفرنسى القديم ، ومن بعدهما القانون الفرنسى الحديث . ثم إن القاعدة لم تحف عند ما قرره المشرع الفرنسى الحديث ، بل تطورت على يد القضاء والفقه تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاماً قرره القانون المصرى الجديد في صراحة ووضوح على النحو الذى رأيناه في النصوص التى نقلناها عن هذا القانون . فنحن نبحث : (أولاً) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية . (ثانياً) شروط تحققها . (ثالثاً) أحكامها .

= جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير سجن وقت العقد ، ويصير ذلك مصرى ما وصل إليه تطور هذا النظم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩) .

١٥ - كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية

٣٦٧- القانون الروماني: بدأ القانون الروماني في عهوده الأولى أميناً على القاعدة التي تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير . ووصل في ذلك إلى حد أن منع النيابة في التعاقد . فكما لا يجوز للتعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصي ، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن هذا الغير . ولكن كلا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت في القانون الروماني . وبعبارة هنا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

فإن القيود التي ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية . فالمدين الذي يبيع عبداً ويريد أن يشترط على المشتري دفع الثمن لدائته سداداً للدين ، لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة مادية . والابن الذي يريد أن يجعل ثمن ما باعه إيراداً مرتباً يدفع لأبيه ما دام هذا حياً ، لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة أدبية . وكلتا المصلحتين ، المادية والأدبية ، جديرة برعاية القانون . فعالج الرومان هذا الأمر على أساس أن جعلوا المشتري لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً في العقد ، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذا لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع . ثم انقلب الشرط الجزائي الصريح إلى شرط جزائي مفروض ، فأعطى المشتري دعوى تعويض قبل المتعهد إذا لم يقم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة لوضع شرط جزائي . ويمكن لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية . ولكن لم يكن المنتفع حق مباشر يكسبه من التعهد ، يستطيع أن يطالب به المتعهد .

واستمر القانون الروماني في تطوره . فأعطى المنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد ، ولكن في صورة دفع (exceptio) . ثم أعطاه الحق المباشر في صورة دعوى (actio) ، ولكن في حالات استثنائية معلودة دعت إليها الضرورات العملية . وهذه الحالات هي: (١) الحجة إذا اشترط فيها الواهب

على الموهوب لمحقاً لمصلحة الغير (donation sub modo). (٢) اشترط المورث لمصلحة ورثته . (٣) اشترط المتعاقد حقاً للغير في عقود معينة : عقد المهر يوجب فيه المشترط على المتعهد أن يعطى مهرأ للمنتفع ، وعقد الوديعة والطرية يلزم فيهما المودع والمعير حافظ الوديعة والمستعير بأن يردها العين للمنتفع ، وعقد رهن الحيازة إذا باع اللائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشتري رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن .

٣٦٨ - القانون الفرنسي القديم : وورث القانون الفرنسي القديم هذه الاستثناءات عن القانون الروماني . وأضاف إليها استثناء جديداً : كان الرومان لا يطون فيه للمنتفع إلا دفعا فأعطى دعوى بدل الدفع . وهذه هي حالة اشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث .

٣٦٩ - قانون نابليون : واحتفظ قانون نابليون بالقاعدة الرومانية ، إذ قرر في المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه . ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشتراط لمصلحة الغير . وهاتان الحالتان ، على ما تقرر المادة ١١٢١ من هذا القانون ، هما : (١) إذا وهب المشترط شيئاً للمتعهد ، واشترط عليه في مقابل ذلك حقاً لأجنبي عن العقد هو المنتفع . وهذه هي الحبة بشرط (donation sub modo) التي عرفها كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . (٢) إذا صدر من المشترط عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه ، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير . وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نعهده لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم . فإن هذين القانونين كانا يستثنيان من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم . أما المشرع الفرنسي فقد وسع من جهة ، وضيق من جهة أخرى . وسع في أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء . وضيق في أنه لم يميز المتعاقد أن يشترط للغير حقاً إلا إذا كان مقروناً باشرطه حقاً لنفسه .

٣٧٠ - القضاء والفقه : على أن تطور القاعدة تبقى مستمر أيا وجه الحاجات العملية المتجددة ، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر

في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير - ففسر الفقه والقضاء في فرنسا كلمة (stipulation) الواردة في المادة ١١٢١ ، لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق ، بل بالتعاقد بوجه عام ، سواء كان التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً الزاماً في ذمته . فيكفي أن يضاقده المشتري لنفسه ، ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه . والمهم توافر شرطين : (١) أن يتعاقد لنفسه مشروطاً حقاً أو مرتباً الزاماً كما قلنا . فإذا كان لم يشترط شيئاً لنفسه ، فيكفي أن يلتزم بشيء عن نفسه . وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات . ففي عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، وفي عقد التأمين الذي يبرمه رب العمل لمصلحة عماله ، نرى التعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً ، ولكنه رتب في ذمته الزاماً هو دفع أقساط التأمين . (٢) أن يكون التعاقد لمصلحة مادية أو أدبية تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير . لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة شخصية للتعاقد ، والمشتري قد تعاقد على منفعة تؤدي للغير ، فيجب أن تكون له في هذه المنفعة مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وإلا بطل التعاقد .

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين - وهو أن يكون المشتري دور شخصي في التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً الزاماً في ذمته - لم يلبث أن اختفى هو أيضاً (١) ، وأصبح يكفي أن يكون المشتري مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المنفع ، وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه .

بل إن القضاء والفقه وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود . فرب العمل الذي يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أي عامل يدخل في خدمته . فالمنفع هنا بالتأمين أشخاص غير معينين ، ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره (٢) . وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيولد منهم (enfants nés et à naître) ، بل قد لا يكون له أولاد

ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل . فالتضع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين ، ولكنهم لا يتألون حقاً إلا إذا وُجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره . وهذا الوضع يتشبه مع النظرية المادية للالتزام التي لا تشترط وجود اللذان وقت صدور العقد ، وتكتفي بوجوده وقت تنفيذ العقد (١) .

٣٧١- القانون المصري القديم والحديث : هذا هو التطور الذي وصلت

إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فانقلبت من استثناء محلود إلى قاعدة عامة . وهذا ما عبر عنه القانون القديم في عبارات غامضة مضطربسابق إيرادها ، وما عبر عنه القانون الجديد في عبارات صريحة واضحة ، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً . ثم طبق القاعدة في المادة ١٥٤ ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية . فلم يستثن من القيود التي كانت تحيط بالقاعدة في خلال تطورها إلا الشرط الأخير ، وهو وجود مصلحة شخصية للمشتراط ، وأجاز في المادة ١٥٦ للمشتراط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود على النحو الذي رأيناه في النصوص التي أوردناها . فيكون القانون المدني الجديد قد سجل في نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

(١) أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للؤلف فقرة ٨٠١ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فلم يكن من المكين لإدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بطلانها . فالتقنين الفرنسي ذاته ، وأغلب التقنينات اللاتينية من بعده ، قد جعلت منها جيماً مجرد استثناء لا يطبق إلا في حالات . ولم يسم هذا الاستثناء للمعربة الأصل ، ويبسط فوائده على سائر الحالات ، إلا في خلال القرن التاسع عشر ، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقدا التأمين من نمو وذووع . وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الأصل شأواً كبيراً ، وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المتضج شخصاً مستقبلاً أو شخصاً لم يبين وقت التعاقد ما دلم قيمته مستقبلاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن . وقد ظل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها التي انتهت إليها في آخر مرحلة من مراحل تطورها » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣١٦ - ص ٣١٧) .

٣٧٢- التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير : والقاعدة ،

في آخر تطور لها على النحو الذي بيناه ، لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يأتي :

١- التطبيقات التفسيرية: ومن هذه التطبيقات المهمة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو حق ما للغير . ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن (١) ، ويلاحظ في هذه الحالة أن المشتري قد أصبح ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير العقار (٢) . وقد طبقت محكمة الاستئناف المختطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حالة اشتراط فيها البائع على الحارز ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشتري ، فكسب المشتري حقاً من هذا العقد الذي لم يكن طرفاً فيه (٣) . كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا

(١) استئناف مختط في ٢ ملوس سنة ١٩١٦ م ١٨٤ ص ١٨٤ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ - وقضت محكمة النقض بأنه إذا تمهد أحد المتبادرين في أحيان بأن يدفع بضئ المسحق عليه من فرق البذل في نصيب المتبادل الآخر من دين على أحيان أخرى هو شريك له فيها على الشروع ، فهذا التمهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير ، لا يصح فيه للتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ إليه ، بل له فقط أن يطالب التمهد بتنفيذ تمهده (عوض مدني في ٢٧ ملوس سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الدين إلى الدائن المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن في عقد البيع وقبل الاعتراض لمصلحته (٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣) . وتزى أنه ليس من الضروري تدخل الدائن في عطف البيع ذاته ، وبكفر أن صدرته قبوله ومستلزم البيع ، وبهذا قضى القواعد المقررة في قبول التنازع . ولكن إذا رفض الدائن قبول الاشتراط ، زال عنه التخصي قبل المشتري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة في هذا المعنى بأنه إذا قبل المشتري أن يدفع الدين المضمون بالرهن على العطر المبيع ، فإن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر قبل المشتري ، ولكن إذا استمر الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ على العطر المرهون التي كان بدأها قبل البيع ، فإنه لا يستلزم الرجوع بدعوى شخصية على المشتري لأن هذا لم يقبل الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن المرتهن لا ينزع ملكية العطر (٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤) .

(٣) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ - ويلاحظ أنه كان من المقرر في القانون القديم أن الشفيع لا يصح نزوله عن حقه في الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العطر المنفوع فيه . فكان من المستطاع مداورة هذا المظهر عن طريق تصور الشفيع تعهداً =

باع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين ، فيأخذ على المشتري عهداً أن يقيم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وفي عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة ، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد ، كتسليم البضاعة في حالة جيدة وفي مكان معين (١) .

٢- عقود التأمين : عقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط

لمصلحة الغير . والمتأكد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة من يضمن بعده إقامات قبل مدة معينة ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً . وفي الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المتضغ بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين . وقد يؤمن المستحق في وقف على حياته لمصلحة ذاته .

حتى إذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن يستولى على حقه من مبلغ التأمين . وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضماناً لحقه (٢) . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير . فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من الضرر أثناء العمل ، فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر (٣) . ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لعلاج

= بالانتفاع عن عمل هو المطالبة بالتسحق اشتراط لمصلحة المشتري . أما في القانون الجديد فيجوز أن يزل التفيع عن حقه في الأخذ بالثقة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ جديد) .
(١) أنظر في تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٩٥ .

(٢) نرون استئناف مخطط في ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ .
(٣) أما إذا آمن رب العمل على مشولته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل ، وبوجه عام إذا آمن شخص على مشولته عن المواتات ، كمواتات السيارات وسوات النقل ونحو ذلك ، فإن المؤمن له لا يكون مشروطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو . ولا يكسب من يكون دائماً في هذه المشولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين ، وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يرضى في هذه الحالة لراحة دائي المؤمن له (استئناف مخطط في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مخطط في ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ جريدته مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد الصادر في ١٠ - وانظر في رجوع شركة التأمين بما دفعته من مميزات المؤمن له رجوعاً مباشراً على المشول عن الحريق في حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدني الجديد) .

العمال مجاناً ، ففي هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الطبيب إذا أهل علاجهم أو رفض ذلك (١). وقد يؤمن عامل الثقل لمصلحة مرسل البضاعة ، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير (٢) . وقد يؤمن المدين الرهن على المنزل الموهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتن . وعقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه (assurance pour le compte de qui il appartiendra) فيه اشتراط للغير ، فقد يكون الشيء منزلاً يؤمن صاحبه من الحريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الفرق أو الفرق أو نحو ذلك من المخاطر ، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض في حالة تحقق الخطر لأي شخص يكون مالكا في ذلك الوقت للشيء المؤمن عليه .

٣- عقود الامتياز والتزام المرافق العامة : إذا حصلت شركة على احتكار لتزيمه مرفقاً من المرافق العامة ، كالاختكار الذي يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك ، فإن مانع الاختكار - الحكومة أو أحد المجالس البلدية - يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المستفيدين من الجمهور . فيشترط مثلاً حداً معيناً من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه . في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاختكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته (٣). وقد أكد هذا المبدأ القانون المدني الجديد في النصوص التي أفردتها لعقد التزام المرافق العامة ، فنص في المادة ٦٦٩ على أن ملزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين (أنظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و٦٧١) .

(١) والقانون ٢ ص ٥٩ .

(٢) استئناف مخطط في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٧١ .

(٣) استئناف مخطط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٩٤ م ٧ ص ٤٦ - وفي ٢٥ يناير سنة

١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ - فلان استئناف مخطط في ١٣ مايو سنة ١٩٩٠ م ٢ ص ٤١٢ .

٤- عقود المقاومات : وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاومات على المقاوم شروطاً لمصلحة العمال ، لا سيما إذا كان رب العمل هذا هو الحكومة أو شخص معنوي عام أو إحدى الشركات . ويثبت ذلك في دفتر الشروط (cahier des charges) ، فيضع حداً معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه . وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك . فيصبح للعمال قبل المقاوم حق مباشر استمده من عقد المقاومة التي لم يكونوا طرفاً فيها ، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير (١) .

§ ٢- شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣- متى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير : الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشرط (stipulant) ، والمتعهد (promettant) ، والمتنفع (bénéficiaire) . ولكي يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يتعاقد المشرط باسمه لا باسم المتنفع ، دون أن يدخل المتنفع طرفاً في العقد . (٢) أن يشترط المشرط على المتعهد حقاً مباشراً للمتنفع .

(١) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الاكتسابات العلمية ، فإذا فكت جريدة أو مجلة كتاباً لعمل خيري أو عمل علمي ، أمكن القول بأن للكتب تماقد مع من تنظم الأكتساب مشروطاً لمصلحة الغير (والتون ٢ ص ٥٨ - ص ٥٩) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ (الحفظة ١٨ رقم ٤٦٥ ص ١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر إن المورث لم يقصد بإيداع أموال بعض الورثة أت يهبهم إياها ، بل أراد لها التحويل على نظام صناديق التوفير الذي لا يغير لأحد أن يكون له أكثر من دفتر واحد ولا أن تزيد وديته على خمائة جنيه ، وإيا الوصية بترك الأموال لمن أودعت باسمه ، قول لا يقبل ما لم يتم عليه دليل مقنع . ويجرد بناء الدفتر تحت يد المورث لا يكفي لإثباته ، بل الراجع الذي يؤيده السرف الجاري بين الآباء هو أن المورث أراد بالإيداع أن يكون المال من حق من أودع الودائع باسمه في المال ، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفتر عنده الإشراف الفعلي على تصرف هذا المورث . على أنه حتى إذا كان للمورث قد أراد ألا يؤول المال المودع إلى المورث المذكور إلا بعد وفاته ، فإن هذا لا يجعل المصرف وصية ما دام الإيداع قد حصل باسم المورث ، لأنه طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق التنفع دائماً إلى يوم القصد نفسه ولو كانت للوصية لا تؤول إليه فضلاً إلا بعد وفاة المشرط كما في حالة التأمين على الحياة .

ولاحظ أن المحكم في فرضه الأخير كيف القصد بأنه ودية اشترط المودع فيها أن يسلم للمودع عنده المال بعد وفاة المشرط لتخصي بلقات وجهه المودع هذا المال حال حياته .

(٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول : « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية » .

٣٧٤- المشترط يتعاقد باسمه باسم المتفع : وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، اتفاقية كانت أو قانونية . فالتائب ، وكذا كان أو ولياً أو وصياً أو قسماً أو فضولياً أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه . أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المتفع . والأصيل لا التائب هو الطرف في العقد ، ورضاء التائب يعني عن رضائه . أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المتفع هو الطرف في العقد ، وقبول المتفع للاشتراط ضروري حتى يتأكد في شخصه حتى كسبه من عقد لم يكن طرفاً فيه .

ويترتب على ما تقدم أن المشترط يختلف عن الفضولي اختلافاً جوهرياً . فالفضولي نائب عن رب العمل ، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المتفع . وقد كان هناك رأى ، تبين الآن فساد ، يجعل المشترط فضولياً يتعاقد لمصلحة المتفع ، وقبول المتفع يعتبر إقراراً لعمل الفضولي فينقلب هذا وكذا ، وعن طريق القضاة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المتفع . أما فساد هذا الرأي فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قلنا ، في حين أن الفضولي يتعاقد نيابة عن رب العمل . وهذا الفرق بين الوضعين ينبئ عليه نتائج عملية هامة ، نذكر منها ما يأتي :

١- لما كان المشترط ليس بنائب عن المتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق القضاة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضي بذلك كما سئرى عند الكلام في القضاة .

٢- يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية ،

لأنه يتعاقد باسمه. أما القضولى فهو ، على النقيض من ذلك ، يجب ألا تكون له مصلحة شخصية في إدارته ليشئون رب العمل .

٣ - القضولى ، وهو يعمل لحساب رب العمل ، يلتزم بالمضى فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه . أما المشترط ، وهو يعمل -حسابه ، لا يلتزم بالمضى في عمله ، بل هو ، على النقيض من ذلك ، يجوز له الرجوع في الاشتراط للمتضع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المتضع .

٣٧٥-المشترط يشترط مفاعاً مباشراً للمتضع : فإذا كان الحق الذى اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه ، ولكن تعود منه فائدة على الغير ، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسئوليته عما ينجم من الضرر للغير ، فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير ، لأن المؤمن له إنما أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب ، وإن كان التعويض الذى يأخذه من شركة التأمين يعود بالفائدة على المصاب إذ يستطيع أن يستوفى منه حقه وإن زاحمه في ذلك سائر دائئى المؤمن له . وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين ، فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدنيته .

ولا يكفى إعطاء حق للمتضع ، بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد . فإذا كان المشترط قد اشترط هذا الحق الذى نشأ من العقد لنفسه أولاً ، ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر ، لم يكن في هذا اشتراط لمصلحة الغير . ويترتب على ذلك أنه لو باع شخص منزلاً ، ثم حول الثمن إلى دائئ له ، كان هناك عقدان : عقد البيع بين البائع والمشتري ، وعقد الحوالة بين هذا البائع وهو المحيل ودائته وهو المحال له . ولو أمن شخص لمصلحة نفسه ، ثم مات وانتقل حق التعويض إلى ورثته ، فإن هؤلاء يطلقون الحق عن مورثهم بالميراث ، ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته . وليس في كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير . كذلك لا يقصد المشترط أن يلتزم المتعهد قبل المتضع بعقد جديد يتم بينهما ، ولا أن يعرض لإيجاباً على المتضع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المتضع . ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذى يكسبه المتضع لا يتقاه عن المشترط من

طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد ، ولا يتلقاه من المصهد عن طريق عقد جديد ، وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذي تم بين المشرط والمصهد .

ولا يشترط في المنتفع أن يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد ، أو أن يكون مميتاً في ذلك الوقت ، بل يجوز ، كما رأينا في الأمثلة التي قدمناها ، وكما تقرر المادة ١٥٦ التي أسلفنا ذكرها ، أن يكون شخصاً مستقبلاً أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط ، متى وجد أو كان مستطاع التحين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة . وهذه هي ميزة كبيرة ، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا .

٣٧٦ - المشرط مصلو شخصية في الاشتراط للغير: ذلك أن المشرط إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير ، وإلا كان فضولياً . والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا .

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية ، بل يجوز أن تكون أدبية . فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد ، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو القضاء أو لأى عمل آخر من أعمال البر .

ولكن يكفى أن يكون للمشرط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصى في العقد . وقد رأينا في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن المشرط أن يشترط لمصلحة المنتفع دون أن يكون له دور شخصى في هذا الاشتراط ، لا مشروطاً لنفسه ولا متعهداً عنها . مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد لابن دون أن تلزم الأم بشيء قبل الأب . ففي هذا القرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها ، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب في ذمتها التزاماً ، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية في الاشتراط ، وهي مصلحة أدبية ، فهي مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح البلدية احتكاراً لإحدى الشركات ، ثم تعود تشترط

عليها في عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور : وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل ، فيتحقق في هذا القرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصي

٣٥ - أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧ - **المعوقات المختلفة في الاشتراط لمصلحة الغير :** قلنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة في الاشتراط لمصلحة الغير : المشترط والمتعهد والمنفع. وعلينا أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض . فتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) علاقة المشترط بالمتعهد . (ثانياً) علاقة المشترط بالمنفع . (ثالثاً) علاقة المتعهد بالمنفع .

٣٧٨ - **معوق المشترط بالتمتع :** هذه يحددها العقد الذي تم فيما بينهما . ففي عقد التأمين مثلاً يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين في مواعييدها ، وتلتزم شركة التأمين في حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو المشترط فتدفع له مثلاً المبلغ المتفق عليه إذا بقي حياً إلى المدة المتفق عليها . ولكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز المتمسك به بالنسبة إلى هذا العقد الذي تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء .

وإذا لم يتم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة . فيجوز للمتعاقد الذي لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ . وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه .

ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنفع كما قلنا ، فإن للمشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه . وعلى هذه المصلحة الشخصية يتناهي قيام الاشتراط لمصلحة الغير ، وعليها الآن نبنى حق المشترط في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنفع . فلمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام المنفع ، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم

للمتفع للمطالبة بذلك . وهي دعوى قوامها المصلحة الشخصية الثابتة للمشتري . بل قد تنصرف نية المشتري إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المتفع ، دون أن يكون للمتفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ ، كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها ، دون أفراد الجمهور ، بالحق في مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتنزل المتعهد لالتزامه نحوه ، كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور التقاهة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل . وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ إذ تقول : « ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك » .

كذلك للمشتري ، إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المتفع ، أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة . ويلاحظ أن المشتري إذا فسخ العقد بعد صلور قبول المتفع ، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المتفع أو لالتزامه نحو المشتري ، فإن الفسخ لا يضيع على المتفع حقه ، فيرجع هذا به على المشتري إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه (١) .

٣٧٩- عموق المشتري بالمتفع : قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع ،

وقد تكون علاقة معاوضة .

فإذا كان المشتري أراد التبرع للمتفع ، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الحبة للشكل ، لأن الحبة هنا غير مباشرة . وسرى أن للمشتري نقض الاشتراط ، سواء كان تبرعاً أو معاوضة ، ما دام المتفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته . أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمتفع ، جاز للمشتري . حتى بعد أن يقر المتفع هذا الاشتراط ، أن يقض حق المتفع طبقاً لقواعد الرجوع في

(١) ترون نظرية العقد المؤلف من ٩٠٨ هامش رقم ١ .

المدة (١). ذلك لأن العلاقة التبرعية فيما بين المشرط والمتنع . إذا كانت لانخضع لأحكام ائمة من حيث الشكل ، فهي تخضع لها من حيث الموضوع . فيجب توافر أهلية التبرع في المشرط ، وتعتبر المدة قد صدرت من وقت صدور العقد ، فإذا صدرت من المشرط وهو في مرض موته أخذت حكم الوصية . ويجوز الظن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط أن يكون المتنع سميء النية لأنه موهوب له . ويلاحظ أن المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشرط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المتنع ، بل هو مقدار ما دفعه المشرط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المتنع . فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم ، فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له ، بل هو مقدار الأقساط التي دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين . أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف ، واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة ، فإن المقدار الذي وهبه المشرط للمتنع هو خمسمائة لا ألف (٢) .

أما إذا كان المشرط لم يرد التبرع ، فالعلاقة بينه وبين المتنع بمعددها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جمل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين أدى تمالكه عليه مع شركة تأمين ، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشتراطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق لا يرتب حقاً للمستحق قبل المشرط أو وراثته من بعده بسبب إنشاء بوليصة التأمين لامتناع المشرط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشرط . وليس هو حوالة من المشرط للمستحق غيد بنائها مديونية المشرط له بمقابل قيمتها (نقض مدني في ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٥ ص ٢٩٦) .

(٢) ومنى تعددت قيمة التبرع على القسط المتقدم ، فهذه هي القيمة التي تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للية في العلاقة ما بين المشرط والمتنع . فلوطن حادث المشرط بالدعوى البوليصية في عقد التأمين الصادر من مدينة وتوافرت شروطها ، فإن البائن لا يتخذ بمقتضى إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ ص ٤٨) — أنظر أيضاً في حق الورثة في الرجوع بأقساط التأمين على المتنع باعتبارها وصية لا تتخذ في حيز (استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣) . وإذا أراد المؤمن له الرجوع في المدة فإنه يرجع على المتنع بمقدار الأقساط التي دفعها لشركة التأمين ، وهذا بخلاف ما إذا كان المشرط قد قضى حق المتنع فإنه يسترد الحق في مبلغ التأمين لا في الأقساط وحدها .

موقف الأول من الثاني بحسب الأحوال . فقد يكون المشرط مديناً للمتفع ، واشترط له وفاء لدينه . وقد يكون أراد إقراض المتفع من طريق الاشتراط لمصلحته ، ويكون القرض تبرعاً إذا كان بغير فوائد ومعوضة إذا كان بفوائد . ومثل القرض الوديعة ، فإذا تسلم المتفع العين من المتعهد أصبح بالنسبة إلى المشرط حافظاً لوديعة وطبقت أحكام الوديعة فيما بينهما . وهكذا .

٣٨٠- عمدة المتعهد بالمتفع - من مباشر مصدره غفر الاشتراط :

وعلاقة المتعهد بالمتفع هي أنحص ما في الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . ذلك أن المتفع - ولم يكن طرفاً في العقد الذي التزم به المتعهد - يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد . وهكذا يتحقق ما في الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة العتيقة التي كانت تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير . وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد في هذا الصدد : « ويرتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك » . فالعقد الذي تم ما بين المشرط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر الذي ثبت للغير ، وهذا العقد هو الذي أنشأ هذا الحق . وإذا قيل كيف ينشئ العقد حقاً للغير ؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ثم ما الذي يمنع من ذلك ؟ ولماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير ما دام هذا الغير يرضى بأن يكون هذا الحق له ! ليس في المنطق القانوني ما يجعل هذا متعذراً . وإنما هي القاعدة الرومانية العتيقة التي كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ . وقد قضت ، نزولاً عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين . ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها . وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشئ حقاً للغير . وهذا ما صرح به القانون المدني الجديد (١) .

(١) رأينا المادة ١٥٤ من هذا القانون صرح بأن العقد لا يربط التزماء في ذمة الغير . ولكن يجوز أن يكسبه حقاً .

ما كنا نسب في تقرير ذلك مع وضوحه ، لولا أن الفقهاء يقولون عادة

« وفي تقريره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذي أنشأ حق التصرف هو مسبق أن قراره في كتابنا « نظرية العقد » ص ٩١١ ، وقراره بذلك الدكتور حلي بهجت بدوى بك في عبارات لا تخرج عن هذا المعنى ، إذ يقول : « ما الذي يحولق القواعد الملزمة اجتماع إرادة شخصين على أن ينشأ ثلث حق مباشر قبل أحدهما ؟ اللهم لاحتمل يحول دون ذلك ، لأن القواعد التي تنهى إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام » . (أصول الالتزامات ص ٣٥٤ - ٣٥٥) . ويبدو أن الدكتور حلي بهجت بدوى لم ينتبه لرأى الذي قلنا به ، فهو عندما عرض النظريات التقليدية في هذا الموضوع حذرنا من قهاتها (أنظر أصول الالتزاماتقرة ٢٤٥ ص ٣٥٢ هامش رقم ١) ، ومضى بعد ذلك بقرار مسبق لنا أن قراره .

ونحن لم نحصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حظيرة القواعد الملزمة ، بل نبينا إلى أن قاعدة العهد عن الغير هي الأخرى في حاجة إلى إيمان في النظر . ولم نراعي في التعلق القانوني من أن تقوم قاعدة العهد عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، نزم الغير بعد العهد ذاته لا بعد جديد . وفسرنا تصور قاعدة العهد عن الغير في الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات السلبية لم تكن بعد ، كما اكتفت في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، بجواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اكتفت هنا في حال التعلق القانوني دون ذلك .

وهذا مسبق لنا أن قلناه في هذا الصدد : « ويمكن القول بوجه علم لأن القانون الحديث ، بعد تدرج في التطور ، أصبح يترف بأن المتعاقدين يستطيعان إرادتهما أن ينفردا حقاً فغير . ولكنه وقف عند ذلك ، فلم يترف حتى اليوم بأن المتعاقدين يستطيعان إرادتهما كذلك أن ينفردا الزاماً في ذمة الغير . ولم يمر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات السلبية ، فهي التي اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، ولعلها لم تكن بعد بجواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هنا لما حال التعلق القانوني دون ذلك » . (نظرية العقد ص ٨٦٣ - ٨٦٤) .

ثم قلنا في الحاشية : « والواقع من الأمر أن القاعدة التي تنهى بأن العقد لا يصرف أثره إلى الغير قاعدة عتيقة بالية ، ورتاباً عن القانون الروماني ، ونحن نسبها الآن اسماً لاصلاً ، وإلا فنحن نخرج عليها كما اتضحت من عملات ذلك وكثيراً ما يتنصبه ... وليس في التعلق القانوني ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد الزام في ذمة . وليس هنا حناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو الدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك ، فبقوة ضروري في المالتين حتى لا يكون ذاتاً أو مديناً بالرغم من إرادته ، ولكن هنا قبل بغير الحق الذي كبه أو الالتزام الذي تعلق في ذمة قد نشأ من نفس العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ... ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والعهد عن الغير في ذلك . ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينهى حقاً أما العهد عن الغير فيؤكد الزاماً ، وأنه هنا يصح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، فلا يصح أن يتعلق في ذمة الزام من عقد لم يصدر منه قبول به . ذلك لأن قبول الغير ضروري في المالتين كما قلنا . فحق الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من قبول المتخ كاستدري . كذلك في العهد عن الغير لا بد من اشتراط قبول الغير ، فهنا »

بحثاً تقليدياً يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذي ثبت للمتنع ؟ لعله يكون في عقد جديد تم بين المشترط والمتنع ، أو بين المتعهد والمتنع . أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشترط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المتنع . أو لعله يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمتنع . ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها . على أنه من اليسير تنفيذها جميعاً . فقد قلنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشترط يعرض لإيجاباً على المتنع ليقبله أو يرفضه كما تلعب إلى ذلك نظرية الإيجاب المبرور (théorie de l'offre) ، لأن حق المتنع إنما ينشأ من العقد الذي تم ما بين المشترط والمتعهد لا من عقد جديد بين المتنع والمتعهد أو بين المتنع والمشترط . وليس معناه أن المشترط يقوم بعمل من أعمال الفصالة للمتنع (théorie de la gestion d'affaire) ، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفصالة وجوداً والمصلحة الشخصية في الحالة الأولى وانعدامها في الحالة الثانية ، وليس معناه أن المشترط يكسب الحق لنفسه أولاً ثم يحوله بعد ذلك للمتنع (théorie de la cession) ، لأن المتنع لا يتلقى الحق عن المشترط ولا يعتبر خلفاً له فيه ، بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط . سبق أن قلنا كل هذا . ونفذ الآن كذلك نظرية أخرى بلأى إليها بعض الفقهاء (١) أخيراً يذهبون فيها إلى أن حق المتنع مصدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de la volonté unilatérale) . ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المتنع بالدفع الواردة على عقد الاشتراط ، ولكان للمتعهد وحده لا للمشترط حق التقص إلى أن يصدر إقرار المتنع .

— صدر هذا القول فاقى بمنع ، من حيث المنطق القانوني ، من اعتبار الالتزام الذي نشأ في ذمة الغير ، وقد قبله التزاماً في ذمته ، متولفاً من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير ؟ (نظرية العقد ص ٨٦٤ هامش رقم ٢٠١ — أنظر أيضاً ص ٨٧١ هامش رقم ٢) — وهنا ولم يرض القانون الذي الجديد أن يسبق الزمن ، فأبى قاعدة التمسك عن الغير عند مرحلتها الفاصلة ، وسجل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها الأخير . وثقل في المادة ١٥٢ : « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حلاً » .

(١) أنظر ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ ص ١١٤ — بودرى وطرده ١٦١ — كولاك وكاجان ٢ ص ٢٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٤ .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يتقاضون أنفسهم عندما يقولون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشأ حقاً للغير ، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق للمستضع نسوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المستضع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التي سبق لهم أن أنكروها ! فلا يجرؤ عليه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط خوفاً من أن يبطالهم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد في أن نقرر أن حق المستضع مصدره عقد الاشتراط ، وليس للحق مصدر غير هذا العقد (١) . ونقرر كذلك أن هذا الحق مباشر ، لم يتلقه المستضع من الشرط . ولكل من هاتين الخاصيتين - حق مباشر ، وحق مصدره عقد الاشتراط - نتائج عملية هامة ترتب عليها .

٣٨١ - عذوق المصير بالمتنع (تم) - ما يرتب من النتائج على أنه من

المتنع من مباشر مصدره عقد الاشتراط : أما النتائج التي ترتب على أن حق المستضع من مباشر لا يتلقاه من المشرط فهي ما يأتي :

(١) لا شأن لدائني المشرط بهذا الحق بعد موته ، بل يخص الحق للمستضع وحده لأنه لم يتلقه من المشرط . ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مقلداً بديون الركة . وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة . فإذا تعاقد المؤمن له مشروطاً لمصلحة أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لا يتقنون الحق في تركه أبيهم ، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين . ويرتب على ذلك أن دائني المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلاً في تركه مدبرين حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق الركة ، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم ، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد

(١) وإلى هنا تغير الفكر الإنشائية للعروع التيمدي إذ تقول : « يتلوى الاعتراض لمصلحة الغير على خروج حق على قاعدة التصار منافع العقود على الصائفين دون غيرهم . فلهذه يلزم قبل الشرط لمصلحة المستضع ، فيكتب الأخير بصفة مباشرة ولو أنه ليس طرفاً في العقد وبهذه الثابتة يكون الصائد ذاته مصدراً لهذا الحق . ولهذا الصور على بلطه ووضوح قبل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز منصفاته من حيث شفوذه عن حكم القواعد العامة ، وهو فضلاً عن ذلك قبل من عناه استظهار سائر وجوه التفسير والتفريع التي جهدها الفقه التقليدي في التماسها وتضميل جزئياتها » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٣١٦) .

ديون أبيهم ، وهذه هي أهم مزية للتأمين . وقد استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ في فرنسا وفي مصر (١).

(٢) كذلك لا شأن للدائى المشترط بهذا الحق حال حياته ، فإن الحق لم يدخل يوماً ما في مال المشترط حتى يكون داخلًا في ضمانهم العام.. وينبى على ذلك أنه لا يجوز للدائى التنفيذ على هذا الحق ، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدنيهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين .

(٣) وإذا كان للدائى المشترط أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصة عند توافر شروطها ، فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المنتفع في مركز من تلقى الحق عن تصرف له المدين . ولتوضيح ذلك نقض أن (١) أعطى (ب) منزلاً قيمته ألف ، واشترط عليه أن يعطى (ج) مبلغاً مقداره خمسمائة . وأراد دائن (١) أن يطعن بالدعوى البوليصة في هذا العقد . في هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين : (التصرف الأول) هو الصادر من (١) إلى (ب) ، وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب) ، فيشترط التواطؤ بين (١) و (ب) لنجاح الدعوى البوليصة ، دون أن يشترط تواطؤ (ج) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) في حق انتقال إليه من (١) . وإذا ثبت التواطؤ بين (١) و (ب) اعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن ، وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل ، ويرجع (ب) على (١) بما أعطاه إلى (ج) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (ج). (والتصرف

(١) حيك ٨ فقرة ٥١ — بودرى ولورد ١ فقرة ٢٠٤ — بلانيول وروبير وإسمان ١ فقرة ٣٦٢ — ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة — والنون ٢ ص ٦١ — م ٦٢ — نظرية العقد للوئلف فقرة ٨١٦ — الدكتور حلي بيجت بدوى بك فقرة ٢٤٤ — الدكتور حشمت أبو سنيت بك فقرة ٣٢٨ — قس فرنسي في ٢٢ يونية سنة ١٨٩١ سيرة ٩٢ — ١ — ١٧٧ — وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ — ١ — ٣٩١ — وفي ٢٩ يونية سنة ١٨٩٦ سيرة ٩٦ — ١ — ٣٦١ — محكمة لنيا الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحلة ١٠ رقم ٢٣٢ م ٤٦٠ — محكمة طنطا الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحلة ١٢ رقم ٨٣ م ١٤٠ — استئناف مخطط في ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١١١ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ م ٢٧ — وفي ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٧ م ٢٤٩ — وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ١٦٣ — وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ١٦٧ — قطن استئناف مخطط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ م ٣٤٨ — وفي ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ١٤٢ .

الثاني) هو الصادر من (١) إلى (ج) عن طريق الاشتراط ، فإذا كانت العلاقة بين (١) و(ج) هي علاقة تبرع ، فإن دائن (١) يستطيع بالدعوى البوليصية أن يجعل هذه الحبة ومقدارها خمسين غراماً غير نافذة في حقه حتى لو كان (ج) حسن النية . أما إذا كانت العلاقة بين (١) و(ج) هي علاقة معاوضة ، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيما بينهما .

(٤) ولما كان المتنع لا يتلقى حقه من المشرط بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط ، فيصبح دائناً للمتعهد : فإنه يترتب على ذلك أن دائن المتعهد ، وقد أصبح المتنع واحداً منهم : يشتركون مع المتنع شركة غراماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد ، ولهم أن يستعملوا حق مدنيهم في التمسك قبل المتنع بأي دفع من الدفع الواردة على عقد الاشتراط ، ولهم أن يطعنوا في التزام مدنيهم نحو المتنع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز في القانون الجديد في عمل يزيد به المدين من التزاماته (م ٢٣٧ جديد) (١) .

أما النتائج التي تترتب على أن حق المتنع المباشر مصلده العقد الذي تم ما بين المشرط والمتعهد فهي ما يأتي :

(١) لما كان حق المتنع مصلده عقد الاشتراط ، فهو يوجد منذ صدور هذا العقد (٢) ، لا من وقت إعلان المتنع لرغبته في الاستفادة من الاشتراط . ويترتب على ذلك أنه إذا قد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المتنع ، فلا يكون هذا ما نمياً للمتنع من أن يعلن عن رغبته : ويترتب على ذلك أيضاً أن المتنع إذا رفض الاشتراط ، جاز الطعن في رفضه بالدعوى البوليصية ، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصاً من حقوقه (م ٢٣٧ جديد) .

(٢) لما كان حق المتنع مصلده عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع

(١) وما يترتب أيضاً من النتائج على أن التصد أصبح مدنياً للمتنع لا لشرط أن التصد لا يستطيع أن يسلك بالقائمة بين حق له على الشرط والتزامه نحو المتنع (استئناف مخطوط ٩ يونية سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٥٢٦) . ويترتب أيضاً على ذلك أن التصد لا يستطيع عند رجوع المتنع عليه أن يطلب تجريد المشرط (استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ٢١) .

(٢) استئناف مخطوط في ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٦٦٢ .

أن يتمسك قبل المتنع بجميع الفروع الجائزة في هذا العقد ، فله أن يعلن فيه بأى وجه من وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بنفسه إذا تحقق ما يوجب التمسك (١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد إذ تقول : «ويكون لهذا المصهد أن يتمسك قبل المتنع بالفروع التى تنشأ عن العقد» (٢).

(٣) لما كان حق المتنع مصدره عقد الاشتراط الذى تم بين المشرط والمصهد ، فهذهين المتعاقدين أن يكيفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما. ويرتب على ذلك أنه يجوز للمشرط أن يتفق مع المصهد على أن يكون للمشرط وحده دون المتنع حق المطالبة بتنفيذ التزام المصهد نحو المتنع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٣). ويرتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للمتاعدين - المشرط والمصهد - أن يجملا حق المتنع غير قابل للتفرض أو قابلاً للتفرض بعد الاتفاق مع المصهد على ذلك. وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا ثبت أن المصهد مصلحة في الاشتراط ، فلا يجوز للمشرط في هذه الحالة أن يستغل بتفرض حق المتنع ، كما إذا تعهد أحد المتعاضدين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البذل في نصيب المتعاضد الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع (٤) .

(١) أظن في الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإجابة في الوفاء نظرية العقد الوفاءى من ١١٦ مجلس رقم ١ .

(٢) ولما كان العقد ما بين المشرط والمصهد عقداً سورياً ، جاز في نظرنا المصهد أن يتمسك قبل المتنع بالصورية حتى لو كان المتنع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المتنع لا يجبر «غيباً» في هذه الصورية حتى يسلمح التمسك بالعقد القائم ، فهو قد استمدحه من هذا العقد ، وشرط الغير في الصورية ألا يكون حق الغير تراجيحاً من الصورية مستنداً من العقد الصورى قائم . وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة ، وسنعود إليها بياناً أوفى عند الكلام في الصورية.

(٣) أظن أن المادة ٢٧٨ - وقد شربنا شلاقة أن تتأكد الحكومة مع شركة احتكار مشترطة عليها شروطاً في مصلحة الجمهور ، ولكنها تحفظ لنفسها ، دون أفراد الجمهور ، من لزوم المعركة بتنفيذ هذه الشروط (أظن في هذا المعنى استكتاب مخطط في ٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٨ - ٢١٢ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٢٨٢ - والقانون ٢ من ٥٧ - م ٥٨) .

(٤) نفس مدق في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر رقم ١٠٩ م ٢٢٧ - أظن أيضاً استكتاب مخطط في ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٤٧ م ٥٦٧ .

٣٨٢- موقوف المتعهد بالتضلع (تم)- موانع نفسه من التضلع: وحق

التضلع المباشر الذى يكسبه من عقد الاشتراط قابل للتفرض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدنى الجديد إذ تقول : ويجوز للمتشرط دون دائيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المتضلع إلى المتعهد أو إلى المتشرط رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد .

والذى يثبت له حق التفرض هو المتشرط ، إلا إذا نزل عن هذا الحق . وقد يكون حق التفرض مخالفاً لما يقتضيه العقد فلا يقوم ، كما إذا كان حق المتضلع هبة من المتشرط لا يجوز فيها الرجوع (١) . وقد يشترط المتعهد أن المتشرط لا يستعمل حق التفرض إلا بموافقة إذا كانت له مصلحة فى تنفيذ الالتزام للمتضلع ، وقد سبق بيان ذلك . بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق التفرض بشرط أن يعمل عمل المتضلع المتشرط أو متضعاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه ببعض إرادته (٢) . وحق التفرض حق شخصى يرجع لاعتبارات خاصة بالمتشرط أو بمن يملك هذا الحق معه ، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين ، ولا ينقل إلى الورثة . فإذا مات المتشرط دون أن ينقض الحق ، فليس الورثة حق التفرض ولو لم يصدر إقرار المتضلع ، وإلا لاندفعت الورثة بعامل مصلحتهم إلى تفرض حتى لم يتفرض مورثهم .

ويوجه المتشرط التفرض إلى المتضلع أو إلى المتعهد ، ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالتفرض حتى يتمتع عن تنفيذ التزامه نحو المتضلع (٣) . وليس للتفرض شكل مخصوص ، وكما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً (٤) .

(١) أنظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وقد ذكر هنا مثل أمثلة (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٣١٥) .

(٢) استئناف مخطوط فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ - وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ . أنظر أيضاً بلايول وريير وإسبان ١ فقرة ٣٥٨ .

(٣) استئناف مخطوط فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٧ .

(٤) ومن قبيل التفرض الجزئى أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لثالث ، فلا يهود مبلغ التأمين إلى التأمين إلا بعد أن يتوفى الثالث حياً (استئناف مخطوط فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢) .

وقضت محكمة التفرض بأه إذا اتفق البائع والمشتري على أن يحفظ المشتري بمعنى التمسك

وإذا نقض المشتري حق المتنع ولم يعين متنعاً آخر ولم يرى ذمة المتعهد فإن الحق يتصرف إليه هو ، ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض ، وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المتنع ، ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادي لا يتصرف أثره إلا إلى المتعاقدين . ويجوز للمشتري عند النقض أن يعين متنعاً آخر يحل محل المتنع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المتنع الأول . وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ إذ تقول : «ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك ، والمشتري لإحلال متنع آخر محل المتنع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالاتفاق من المشاركة . وإذا نقض المشتري حق المتنع وأضافه إلى نفسه ، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين متنعاً آخر ، سواء كان هو المتنع الأول أو غيره ، ويعتبر حق أى من هؤلاء ثابتاً من وقت العقد دائماً ، ويعود العقد كما كان اشتراطاً لمصلحة الغير (١) .

موضوعات اثنين آخر على البيع ، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير ، وحسب أن المشتري الحق في نقضه مالم يمتن من حصول الشرط لمصلحته قبله . ولا يجب في نفس الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص ، بل هو كما يقع صراحةً يصح أن يكون ضمناً . ولا محل هنا لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدني (القديم) فتسكين دائن البيع من استعمال حق مدنيه والرجوع على المشتري ، فإن هذه المادة جازماً أن يكون حق المدين (هذا البيع) لا يزال باقياً فذمة المتعهد (هذا المشتري) عند استعمال الدائن هذا الحق ، فإذا ما اتفق الطرفان فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يباشره بنفسه (نقض مدني في ١١ يونيو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ ولم ١٧١ م ٤٧٣) . ونلاحظ هنا أن دائن المشتري لا يجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدنيه لا قسماً منه من أن هذا الحق يخصى للمشتري ، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً في ذلك كما رأينا . فإذا امتنع على دائن البيع أن يستعمل حق النقض باسم مدنيه ، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض ، لا إلى أن التمن لم يعد باقياً في ذمة المشتري كما ذهب المحكمة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «والمشتري أن ينقض المشاركة قبل إبرار المتنع لها إلا أن يكون ذلك متفقاً لروح الصلح . وله عند نقض المشاركة أن يعين متنعاً آخر أو أن يستأثر لنفسه بنفسها ، ما لم تكن ذمة المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإنهاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري . ولا تكن للنقض المشاركة أمراً يرجع إلى تقدير المشتري ذاته ، فقد نصر استعمال هذه الرخصة عليه دون حائثه أو ورثته . وإذا رفض المتنع المشاركة نهائياً فيكون للمشتري عين الحقوق التي تلتصت بالإشارة إليها في الفرض السابق ، ونظراً أنه يجوز له فوق ذلك أن يطلب فسخ العقد بإعتبار أن المتعهد يستعمل عليه تنفيذ التزامه قبل المتنع » (مجموعة الأعمال القضائية ٣ ص ٣١٧) .

٣٨٣- عمومية التصريح بالتضيق (ماتز) - وموجب إقرار المنفعة : ولا

يقتطع حق التضيق إلا إذا صدر إقرار المنفعة (١). فإقرار المنفعة إذن هو تثبيت لحقه، وليس قبولاً لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشرط كما يتنا . ولا بد من صدور إقرار من المنفعة كي لا يثبت له حق بدون رضاه . فإذا صدر الإقرار تثبت الحق ، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة .

ويستطيع المنفعة أن يصدر إقراره في أي وقت شاء ما دام المشرط لم يتنقض الحق (٢) . ولا يسقط حقه في إصدار الإقرار إلا بالتقادم . والذي يسقط بالتقادم هنا هو حق المنفعة الذي لم يثبت بالإقرار ولم يستعمل في خلال مدة التقادم .

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمنياً ، ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تلى المظهر الحق تبرعاً ، فإن التبرع هنا ليس به مباشرة تستلزم الشكل ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك . ويعطى المنفعة إقراره للمتعهد أو للمشرط ، ولكن لا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى في حقه . والإقرار كالتنقض تصرف قانوني يتخذ بملادة منفردة .

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للتقاضي ، كان المدين بهذا الحق

(١) وإذا صدر حق من المشرط والإقرار من المنفعة قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر ، فالعبرة ليست بتاريخ صدور التضيق والإقرار ، بل بتاريخ إعلانهما إلى المتعهد ، فمن أعلن المتعهد أولاً هو الذي يسرى تصرفه ، ويعتبر حق المنفعة متوقفاً إذا سبق المشرط إلى إعلان التضيق للمتعهد ، أو يعتبر قد ثبت غير قابل للتقاضي إذا سبق المنفعة إلى إعلان إقراره للمتعهد (بلانيول وريبير وإلسن ١ فقرة ٢٦١) .

(٢) استئناف مخطط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨ من ١٨٤ — وفي ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٢٢١ — وقضت محكمة التضيق بأن المادة ١٣٧ من القانون المدني (القديم) نصت على أن من عقدت على ذاته مشاركة بدون توكيل منه فله المليون قبولها ورفضها ، ولم يطلب القانون ممن حصل القيد على ذاته أن يظهر رغبته في قبولها في زمن معين ، وكل ما اقتضاه منه في حالة عدم القبول أن يعلن الرفض ، أما القبول فيكون فيه الكوت (كس مدني في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ من ٣٠) .

هنا ويموز لسكن من التشرط والمتعهد أن يحدد أجلاً مقبولا للتضيق يختر فيه بين الإقرار والرفض ، فإذا انقضى الأجل عد راضياً . وللمتاضي الرضا على ما إذا كان الأجل مقبولا (أقصر المذكرة الإيضاحية للمعروض التمهيد في مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ من ٣١٧) .

هو المتعهد أو ورثته . فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض . ولكن لا يجوز للمتنع أن يطلب فسخ العقد . لأنه ليس طرفاً فيه . والذي تجوز له المطالبة بالتفسخ هو المشترط كما قلنا (١) .

وقد يرفض المتنع ، صراحة أو ضمناً ، الحق الذي اشترط لمصلحته . وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . والرفض ، كالتفرض والإقرار ، تصرف قانوني ينقذ بإرادة منفردة . ويجوز لدائني المتنع الطعن فيه بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها كما قلنا . وغنى عن البيان أن المشترط يجوز له ، عند رفض المتنع ، أن يعين متنعاً آخر يحمل محل المتنع الذي رفض ، ويثبت حق هذا المتنع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه .

الفرع الثاني

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤- تسمية المقرر من حيث الموضوع : العقد نسبي أيضاً في أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد . والملزوم بالعقد مسئول عن ذلك ، وهذه المسؤولية هي التي نسميها بالمسؤولية العقدية ، وهي الجزاء الذي يكفل قوة العقد الملزمة .

فتح نبث إذن أمرين : (أولاً) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسؤولية العقدية .

(١) والى هنا كله تغير المذكرة الإيضاحية للسورج التيمدي إذ يقول : « وإذا صح عزم المتنع على قبول الاعتراض ، فيجوز له أن يعلن التمسك أو المشترط بإقراره ، ورامي أن هذا الإقرار تصرف قانوني ينقذ بإرادة منفردة . ولا يشترط له استيفاء شكل ما ، ولم يحدد المشرع أجلاً مبنياً لصدوره ، ولكن يجوز إظهار المتنع بالإصاح عما يترتب في فترة مفعولة . ويصح حق المتنع لازماً أي غير قابل لتفرض بمجرد إعلان الإقرار . وهو حق مباشر مصدوره العقد ، ويترتب على ذلك تيجان : الأولى أنه يجوز للمتنع أن يطالب بتنفيذ الاعتراض ما لم يرض على خلاف ذلك . وثا كان الشرط مصلحة شخصية في هذا التنفيذ ، وهو يفرق عن الحصول من هذا الوجه ، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إلا إذا قضى القدر بغير ذلك . والثانية أنه يجوز للمتعهد أن يسلك قبل المتنع بالدفوع التي تنفرع عن العقد » (مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٢١٧) .

المبحث الأول

تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥- كيف يكونه تحديد موضوع التعاقد : لا يلتزم التعاقد إلا بما ورد في العقد . وقد يرى القاضي العقد في حاجة إلى التفسير . فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ، ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على الملتزم أن يقوم بالترامه كما تحدد في العقد دون نقص أو زياد ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

نحن نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) تفسير العقد . (٢) تحديد نطاق العقد . (٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

المطلب الأول

تفسير العقد (*)

(Interprétation du contrat)

٣٨٦- النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(*) بني المراجع : دوبريه (Dubreuil) في تفسير الصرقات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ - جرونو (Gronos) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ - جني (Gény) في طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ - سالي (Salikowski) في الالتزامات في القانون الألماني - وفي إعلان الإرافة - بلانويل وريير وإسبان ١ - فترة ٣٧٣ - فترة ٣٧٥ - بلانويل وريير وبولانيه ٢ - فترة ٤٤٩ - فترة ٤٥٩ - الدكتور الشيخ في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد رسالة قدم بها للمعهد القانوني للقرن بمجلسة باريس سنة ١٩٤٩ - حلمد نهبي (باشا) والدكتور محمد حلمد نهبي بك في الفقه في المواد المدنية والتجارية - والقانون ١ ص ٣٦٢ - ص ٣٩٤ - نظرية العقد لمؤلفات فترة ٨٢٦ وما بعدها - الدكتور حلمد نهبي بهجت بموى بك فترة ١٨٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سقيت بك فترة ٣٤٦ وما بعدها .

١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها لتصرف على إرادة المتعاقدين .

٢ - أما إذا كان هناك غل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الخرق للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات (١) .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي :

١ - يفسر الشك في مصلحة المدين .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدين (٢) .

ويقابل هذه النصوص ، النصوص الآتية في القانون المدني القديم :

م ١٩٩/١٣٨ : « يجب أن تفسر المشارطات على حسب الفرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري » .

م ٢٠٠/١٣٩ : « وهكذا يكون التفسير في الشروط الملحق عليها إبقاء المشاركة أو تأييدها » .

م ٢٠١/١٤٠ : « في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد » .
ولم يستحدث القانون الجديد في تفسير العقد قواعد لم تكن في القانون القديم . ولم يعد أن قن القضاء المصري فيما جاوز النصوص القديمة . فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق ، فيما عدا بنى خلافت تطبيقية وفيما عدا عبارة « وبالفرض الذي يظهر أن المتعاقدين قد قصدوه » فقد تضمنها نص المشروع التمهيدي . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة اكتمال عبارة « فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين » ، وأجريت بنى تعديلات تقنية ، فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٨) .

(٢) أظن تلويح النص آخره فقرة ١١٨ .

واضحة ، وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سئرى . وأورد
الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فى تفسير عقود الإذعان ، وقد جرى القضاء
المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام فى عقود الإذعان .

ولكن القانون الجديد ، مع ذلك ، أبزى فى وضوح أن التفسير يتجه إلى
الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة ، بأن أوجب البحث عن
النية المشتركة للمتعاقدين والاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجارى ،
وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هى المصدر الذى تستخلص
منه الإرادة الباطنة .

٣٨٧ - البحث فى تفسير العقد بآى بحر البحث فى انعقاد العقد وفى صحته :

ويلاحظ ببادئ الأمر أن البحث فى تفسير العقد إنما يأتى بعد البحث فى انعقاد
العقد والبحث فى صحته . إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً ،
حتى يكون قابلاً للتفيذ (١) .

ونطاق البحث فى انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث فى تفسير العقد
لتحديد آثاره . ففى انعقاد العقد وصحته يدور البحث حول الإرادة التى يؤخذ
بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، فإذا كانت هى الإرادة
الباطنة فهل اتفقت أو انحرفت عن الإرادة الظاهرة لتعرف هل هى صحيحة
أو معيبة ، وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخلص منهما إرادة مشتركة
للمتعاقدين . أما فى تفسير العقد لتحديد آثاره ، فتحقن بعد أن نكون
قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، نقف عند هذه الإرادة الظاهرة
لتفسير معانيها ، ما وضح منها وما غمض ، مقترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين

(١) ويلاحظ الدكتور الشافى فى رسالته « تكوين العقد وغيره فى القانون المصرى
الجديد » (ص ٤ - ص ٤٦) أن نظرية التفسير ضرورية للبحث فى انعقاد العقد وفى صحته وفى
تحديد آثاره ، إذ يتوقف على تفسير التفسير عن الإرادة لكلا من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت
هاتان الإرادتان متطابقتين ، وهنا هو انعقاد العقد ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة
الباطنة ، وهذه هى صحة العقد ، وما هو مدى هاتين الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين ، وهنا هو
تفسير العقد لتحديد آثاره . ويستخلص الدكتور الشافى من ذلك الأهمية البالغة التى لنظرية التفسير .
ويستبرأ أنها هى المحك الذى يميز ما بين النظم القانونية المختلفة .

الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على العكس . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي .

٣٨٨- القانون والواقع في تفسير العقد : وبيننا أن نين منذ الآن ما يعتبر في تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها .

ويمكن حصر مسائل القانون في تفسير العقد في المسائل الثلاث الآتية :
(أولاً) هناك قواعد نص عليها القانون في تفسير العقد . وهذه القواعد يلزم القاضي باتباعها تحت رقابة محكمة النقض ، فإذا خرج عليها نقض حكمه مخالفة للقانون . ويستخلص من نصوص القانون الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير الملزمة قانوناً ثلاث :

- (١) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها لتعرف على إرادة المتعاقدين . فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون . وسنعرض فيما يلي لهذه القاعدة تفصيلاً ، ونين إلى أي حد تنبسط رقابة محكمة النقض في ذلك.
- (٢) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ . فالعبارة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين (١) على النحو الذي سنفصله فيما يلي . وهذه قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد . فالقاضي الذي يقرر في حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئاً معيناً ، وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً ، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضي بما أراد المتعاقدان بل بما تقضى به العدالة ، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه (٢) . أما

(١) استئناف وطني في ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستئناف ٤ ص ٣٤٥ - استئناف معتلط في ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٣ - وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٠ ص ١٢ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ .
(٢) استئناف معتلط في ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢١ - قضى فرنسي في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٤ - ١ - ١٥٩ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ١٣٨ .

ما ذكره النص بعد ذلك من الاستثناء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما يبنى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى في التعاملات ، فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضى . وهو حر في ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدى ولا يؤدى به إلى تعرف نية المتعاقدين . وهو إذا جهر بذلك لا يتقضى حكمة .

(٣) ما نص عليه القانون (م ١٥١) من أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، مع استثناء عقود الإذعان فيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن . فهذه هي أيضاً قاعدة قانونية ملزمة في تفسير العقد ، إذا خالفها القاضى نقض حكمة . وسرى فيها إلى مدى تطبيق القاعدة ، ومضى يمكن القول بأن هناك شكاً في إرادة المتعاقدين . ولكن فلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومضى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(ثانياً) إذا ألزم القاضى في تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التى تقدم ذكرها ، فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التقدير والكشف عنها ، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سرى . ولكنه يتقيد قانوناً - ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض - بقاعدة جوهرية سيطرتها محكمة النقض في كثير من أحكامها . ذلك أن قاضى الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذى ثبت عنده ، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً ، غير مناقضة للثابت في الدعوى ، وتؤدى عقلاً لاستخلاص الواقعة التى ثبتت عند القاضى . فإذا أثبت القاضى مصدرها للواقعة وهماً لا وجود له ، أو موجوداً ولكنه مناقض لواقع أخرى ثابتة ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو ، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه (١) .

(١) حتى مدنى في أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ - أنظر أيضاً ما قررته محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضى الموضوع السلطة العامة في فهم الواقع الدعوى من دلائلها القديمة كهدمها سحجاً ، ولا راية عليه في ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا الدليل دليلاً لا وجود له ، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لأثبت ، أو غير متسق -

(ثالثاً) متى كشف القاضى عن إرادة المتعاقدين ، ملتزماً فى ذلك القواعد القانونية التى تقدم ذكرها ، كيفها بعد ذلك التكيف القانونى الصحيح غير متعبد بتكييف المتعاقدين ، ثم رتب على هذا التكيف آثاره القانونية . وهو خاضع فى التكيف ومآربه عليه من آثار لرقابة محكمة القضاء ، لأنه يطبق القانون على الواقع ، وتطبيق القانون بعد من المسائل القانونية (١) .

= ولكن يستعمل مثلاً استخلاص هذا الفهم منه ، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة القضاء الخاصة بالقواعد الإجرائية القانونية . فإذا اتصل الحكم بالسلطة القضائية لا يمكن استخلاصه خلاصاً من عناصر التحقيق التى كانت أمام المحكمة تبين خطئه (قضى مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠) .

(١) تالامون (Talamon) فى رقابة محكمة القضاء على غير العقود وتطبيقها رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — مارتن (Marty) فى التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة القضاء رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩ — حامد فهمى بلشا والدكتور محمد حامد فهمى بك فى القضاء فى اللوات المدنية والتجارية فقرة ٢٩٩ وما بعدها .

وقد قضت محكمة القضاء بأن من حقا أن تعرف على محكمة الموضوع فيما تطبق من الأوصاف والتكييف القانونى لا يتتبع فى حكمها من الواقع ، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكيف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له . فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض لى زوجته بقصد سجل ضمن معين أقر بحقه أن هذا البيع هو فى الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدس صادر له من الشترية يبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصرح فيه بأنه فى حالة وفاتها قبله تعود ملكية المبيع إليه ، وتمسكت هى فى دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة ينتازل لها فيه عن ربح الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مسكناً للعدل لتعلق بالملكية الولد فى إقرار الشترية ومنها لقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد ظلت ملكية الرقبة والتمتع ساً لى الشترية ، فهذا الاعتبار لا يمكن حبايته خبيراً لقد البيع ولا لإقرار الشترية أو تنازل البائع ، وإغما هو وصف وتكييف للعد ، أعطت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه فى إقرار الشترية من عودة الملكية لى البائع إذا ما توفيت هى قبله ، ويكون لمحكمة القضاء أن تصحح تكييف هذا القد على موجب قيام هذا التصرف الذى لا خلاف على ثبوته ولا على دلالته ، تعتبره وصية لائماً صحيحاً (قضى مدنى فى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص ١٩٢) — والمصالحان قد يخطئان فى تكييف القد جهلاً أو عمداً ، والتصد يكون عادة لإخفاء غرض غير معروف ، كزياً حاضى يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطنى فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٥) ، وكرهن جائزة يستتر تحت اسم بيع وفاء فى القانون المدنى القديم ، وكفكرة عامة هى فى الواقع قرض (استئناف سخط فى ٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٦) ، وكيفية هو فى الواقع تأمين لى على البائع للشرى (زقزق استئناف فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ —

أما ما يجدر من الواقع في تفسير النقد ولا يخضع لرقابة محكمة التقص ، فهو

٢٣ من الموقوف (٣٠) ، وقد يوصف الصلح بأنه وكالة (استئناف وطني في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المبيعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٥٢ - أنظر أيضاً استئناف منطوق في ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١١ م ٩٢ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦٤ م ٣٦٤ - وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨٨ م ٢٩٤).

وكثيراً ما استر الرعية تحت اسم أكثر ، كالتج ، قبل محكمة الموضوع أن تتبين لمراد المصرف ، وأن تكيف هذه الإرادة التكيف القانوني الصحيح خاضعة في ذلك لرقابة محكمة التقص (أنظر نظرية النقد للوفد م ٩٢٨ ملش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة لمحكمة استئناف مصر تكيف المصرف تارة بأنه وصية وطوراً بأنه بيع - ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتي : استئناف مصر في ٢٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحللة ١٦ رقم ٢٣٤ م ٤٨ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحللة ١٦ م ٣٠١ - وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحللة ١٧ رقم ٥٥ م ١١٢ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحللة ١٧ رقم ٥٨٩ م ١١٧٨ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحللة ١٧ رقم ١٥٩ م ١١٨١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحللة ١٨ رقم ٦٨ م ٣٥٩ م ٧٣٧ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحللة ١٩ رقم ١٦٢ م ٣٧٣ - وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحللة ١٩ رقم ٥٣٢ م ١٤٢٤ .

وتخضع محكمة التقص هذه التصرفات لرقابتها تارة عن استظهار نية المصرف وهي مسألة موضوعية ، ولكن محكمة التقص تقتصر في استظهار النية كما رأينا أن تكون الواقع التي استظهرت منها هذه النية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤيدة إلى النتيجة التي قررتها في حكمها (نفس مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٦ م ٢٢٧) ، وفيه المصرف هجوم عليها علامات كثيرة كاستمرار وضع البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في النقد وكعدم تسجيل النقد واستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو العوائد من تلويح البيع إلى تلويح وفاته (استئناف مصر في ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحللة ٢٢ رقم ٢٢٩ م ٦٦٤) - وطوراً عن طريق إخضاع التكيف القانوني لتصرف لرقابتها ، وقد رأينا في الحكم السابق ذكره الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيفت المصرف وصية لا بيعاً ، وفي حكم أكثر كيفت حبة لا وصية ، نقضت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود المختلف على نتائجها بما تراه أدنى إلى نية المتعاقدين ، مستبينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وطرونها ، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء النقد وصفاً قانونياً خاطئاً ، فإن حكمها في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة التقص التي يجب عليها في هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ ، فإذا صدر عقد من شخص إلى خفيه بيع قطعة من الأرض له ، نص فيه على أن البائع يبيع تلك الأرض لخفيه يبيعاً فعلياً لا لوجوع فيه ونزل له عنها في مقابل ثمن قدره كذا فإنه من المشتري ، وأنه سلم الألفين للمشتري لسكن يبيع يده عليها وزرعها ويبيع محصولاتها الحاشية بنفسه إلى غير ذلك ، وسجل هذا العقد لسجلاناً ، واستمر البائع وأمسك يده على الأرض ، ثم يتزعج مع المشتري على ملكيتها ، ويدفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة ضد من المشتري مضمناً أن تبقي الأرض تحت يده هو يستغلها لجن وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه ، فإنما حصل

هذه السلطة الضمنية التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها

— ذلك وحسب محكمة الموضوع باعتبار هذا التدومية بناء على ما بين لها من الظروف التي لا يست تحرير العقد وحالة البائع وطرف المشتري ومركزه بالنسبة للبائع وهاء البين تحت يد صاحبها ، كان حكمها خائفاً في تطبيق القانون ووجب على محكمة التقى تصحيحه باعتبار هذا العقد عقد تبرع منجز أى حية مستقرة في صورة بيع ، فهي حية صحيحة (تقضى مدنى في ٢ يونية سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٥٣ ص ١١٨) .

وقد كان تكييف التصرف على أنه وصية أو حبة أو بيع في القانون المدنى القديم أمراً عسيراً (أنظر إلى ما جاء في ذلك من الضوابط نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٨ في آخر الماشية رقم ١ ونجد الأحكام ماثراً إليها في أسفل ص ٩٣٢ — ص ٩٣٣) . وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المادة هو المادة ٩١٧ وتقضى بأنه «إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بمجازرة البين التي تصرف فيها وبمعه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسمى عليه أحكام الوصية ما لم يتم دليل بخالف ذلك» . ويبرر مطلق القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الحبة ، مما يؤدي في الغالب إلى تهديد التصرف ، أن باعث القضاء على التساؤل في تفسير التصرف على أنه بيع أو حبة لا على أنه وصية قد انضم . فقد كان القضاء يرجع جانب البيع أو الحبة على جانب الوصية لا كانت أحكام الوصية تضيق عن الإساءة لوارث ، فكان القضاء يبالغ بهذا التساؤل عياً في القانون ليصبح وصياً لما يلبسها في ظروف الأسرة تحت ستر أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيها لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لتبر الوارث ، فلم يعد هناك مقضى لتسمية التصرف بتبر أسائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة لوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة .

وقد كانت محكمة التقى ، قبل القانون المدنى الجديد ، تجعل احتفاظ المتصرف بمجازرة البين لاجمعه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية — قبل أن تصح في القانون الجديد قرينة قانونية — لاسباب إذا افترق ذلك بشرط عدم تصرف المشتري في الرقة طول حياة البائع : أنظر في هذا المقضى تقضى مدنى في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٠٨ ص ٤٤٥ — وفي ١١ مارس سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ — وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — وفي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ طين رقم ٤٣ سنة ١٨ قضائية لم ينصر — ومع ذلك أنظر : تقضى مدنى في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ — وفي ٨ يونية سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ (لقرار التقى شرط المنع من التصرف) — وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ — وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٧١٠ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طين رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية لم ينصر — كذلك قضت محكمة التقى بأن عدم تسجيل العقد قرينة على أنه وصية (تقضى مدنى في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفي ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٠٨ ص ٤٤٥ — وفي ١٠ أبريل سنة ١٩٤٣ —

من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى . وقد سبق الإشارة إلى ذلك (١) .

— مجموعة عمر ٤ رقم ٤٤٣ في ١٠٧ — وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ في ٢٣١ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ في ١٧٤ — وفي ٢ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٨٣ سنة ١٨ قضائية لم يضر . ومع ذلك أقرر: نحن مدني في ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١٣ في ٧٦٤ — وانظر فإن تنازل البائع عن ورقة الضد يدل على تجيز القصد : نحن مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٧٦ سنة ١٨ قضائية ، وفي أن تسليم البائع القصد طعننا وتخليه من الميزة له بلل الورقة (حتى لو ثبت أن القصد لم يسجل وأن تحماً لم يدفع) يدل على التجيز وعلى تخلي المورث عن فكرة الرجوع في التصرف : نحن مدني في ١٦ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨٦ في ٥٦٤ — وفي ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٥١ سنة ١٩ قضائية لم يضر ، وفي أن التصرف بغير وصية إذا كان البائع قد أصدر عقد البيع منفرداً ولم يرض تحماً ولم يعلم القصد للثنتين بل احتفظ به طوال حياته : نحن مدني في ٩ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٢ سنة ١٨ قضائية لم يضر ، وانظر في المدة بوض وهي سائرة : نحن مدني في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ في ١٧٨ ، وفي المدة للفترة في صورة سنتات : نحن مدني في ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٢ في ٢١٠ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ في ٤٧ — وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ في ١٥٧ — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ في ٤٣٧ .

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أنشأها القانون الجديد — وهي احتفاظ المورث بالميزة ومعه في الانتفاع مدى حياته — هي الشيء الثابت في هذه المسألة . وهي قرينة ثابتة لإثبات الكسر ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المسألة ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بميزة العين عن طريق أن المشتري يضر وأن البائع ياتر الميزة نابعة عنه وغير ذلك من الظروف التي تطرح في قرينة أن التصرف وصية .

ولقد بينا أن قراره هنا هو أن المسكة القضي رقابة تامة على التكيف القانوني للقصد . وقد قضت بأن تحريك كل من الزوجين الآخر عليه بعد وفاته هو تبادل متعة مطلق على الخطر والضرر ، ولا غرض منه سوى حرمان وريثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الإرث ، وهو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (نحن مدني في ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ في ٤٩٩ — وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في الفقرة للتعبئة قرة ٢١٧) . وقضت أيضاً بأن القصد الذي يزيد فيه ما يدفع من الثمن تحملاً عما يدفعه عيناً هو بيع لا مبادعة ، فكيف يمكن للوضوح القصد على هذا النحو لا غير عليه (نحن مدني في ٣ مايو ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٣ في ٨١٤) .

(١) وقد قررت محكمة القضاة هنا البدء في أحكام كثيرة . من ذلك ما قضت به من أن استظهارية المصدقين من ظروف الدعوى ووالها بما يدخل في سلطة القاضي للوضوح والارادة لمصلحة القضاة عليه فيه ، أنه أن يستلزم من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالاً أن —

٣٨٩ - حالات التفسير المتوحد : رأينا أن القانون فلتفى الجديد نظر

=البلدين قضاياه أن يكون البيع تلامنجزا بشرط جزائي، ولم يقصدا أن يكون يماً بربون أو يماً مطلقاً على شرط فسخ (قضى مدنى ٥ يناير ١٩٣٣ مجموعة عمر ٩١ رقم ١٦٣) . وقضت كذلك بأن تحريم العقود هو من شؤون محكمة الموضوع، فلها أن تقرر معاملا على أى وجه تراه مفهوماً من صحتها وتعتبره متفقاً مع قصد المتعدين ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فذلك ما دامت عبارة القصد تحتل للنقض تأخذ به (قضى مدنى ٢ فبراير ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ من ١٧١) . وقضت أيضاً بأن استظهارية التصرف مسألة موضوعية لا تدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الواقع التى سردها المحكمة فى حكمها والظروف التى يسطها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها (قضى مدنى ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ من ٢٢٧) . وقضت بأن لقضى الموضوع السطحة الثمة فى بحث الدلائل والمستندات القصة له قدماً صحيحاً ، وفى موازنة بعضها بالبقى الآخر ، وترجيح ما ظنن أنه إلى ترجيحها ، واستخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ولو أخطأ فى حس الأمر ، لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى لا فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، ومحكمة النقض لا تنظر إلا فى مسائل القانون . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضي مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهما لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لا أثبتته ، أو غير خافض ولكن يستحيل عملاً استخلاص الواقعة منه كما قل هو (قضى مدنى أول مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ من ٣٢٨) . وقضت أنه بحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة التى اتفق بها وأن يذكر دليلها ، وما عليه أن يتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ويختلف حججهم وطلباتهم ودراسات على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه فى مراضهم ، ما دام قيام الحقيقة التى اتفق بها وأورد دليلها فيه التليل الضنى المسقط لذلك الأقوال والمجيع والطلبات (قضى مدنى ٣١ مايو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٩ من ٤١٤) .

أظهر أيضاً فى هذا الذى أحكاماً كثيرة نذكر منها : قضى مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ من ١٤٢ - وفى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ من ٢٠٥ - وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٥ من ٢٩١ - وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ من ٣٢٧ - وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ من ٥٢٠ - وفى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ من ٦٤٦ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ من ٢٤٠ - وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ من ٥١ - وفى ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ من ١٤٠ - وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ من ١٧٧ - وفى ٦ يونيو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ من ٢٣١ - وفى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ من ٢٥٩ - وفى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ من ٢٩٤ - وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٠ من ٣٩٣ - وفى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ من ٤٨٨ - وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة =

إلى حالات ثلاث في تفسير العقد ، ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة .
فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يحز الانحراف عن المعنى الظاهر . أما
إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإذا قام
شك في تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملزم في غير عقود الإذعان .
ونبحث الآن بالتفصيل كلا من هذه الحالات الثلاث .

١٤ - عبارة العقد واضحة

٣٩٠ - **القاعدة التي تنص على التفسير :** رأينا أن الفقرة الأولى من المادة
١٥٠ تنص بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من
طريق تفسيرها لتعرف على إرادة المتعاقدين . وهذا النص ليس إلا تقنية لقضاء
محكمة النقض عندما . فإن هذه المحكمة ، وقد جرت في ذلك على نهج محكمة
النقض الفرنسية ، تفرق في العقد بين الشروط الظاهرة والشروط الخفية .
وتطلق سلطان قاضي الموضوع في تفسير الشروط الخفية ليستخلص منها إرادة
المتعاقدين على الوجه الذي يؤدي إليه اجتهاده . أما في تفسير الشروط الظاهرة
فلا تجوز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى
معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تخريفاً لها ومسحاً
وتشوهاً مما يوجب نقض الحكم .

٣٩١ - **العبارة الواضحة قد تكون محمولة للتفسير :** ولا يفهم من ذلك
أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها . بل إن القاضي قد يجد نفسه

= عمر ٤ رقم ٢٨ من ٥٨ - وفي ١٣ ماي سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ من ١٠٤ -
وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩١ من ٢٠١ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٤
مجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ من ٢٠٦ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩
من ٢٦٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ من ٢٧٤ - وفي ١٥
فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ من ٥٦٧ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩٤٥
مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ من ٦٨٠ .

هنا ويلاحظ أن تفسير إرادة المتعاقدين لا يكون مسألة موضوعية إذا أخذنا بنظرية الإرادة
الظاهرة ، بل تفسير هذه الإرادة يكون إن شاء الله قانونية كخبر نصوس القانون «^١» يكون
التفسير في هذه الحالة خاضعاً لرابطة محكمة النقض (نظرية العقد للوفد من ١٩٢٧ مجلس رقم ٧) .

في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة ، مهما بلغ وضوحها ، ولسن معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح ، فقصدنا معنى . وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر . ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان . وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح ، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسحه أو يشوهه . ولكن لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين :

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادية الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك .

(والشرط الثاني) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غير من المعاني لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب . وفي هذا تقول محكمة النقض : « لحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هي أوفق بمقصود المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملاساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتضت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتتاله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن يبنى عليها (١) . »

(١) قض مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ ولم ٤١ من ٨٣ - ونقضت محكمة النقض أيضاً بأن لحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم نصوص العقد وما قصده المتعامل منها دون أن تتجبد بألفاظها ، وليس لحكمة النقض أية ولاية عليها في ذلك ما دلت قد بينت في أسباب حكمها وجهة نظرها وما دلتها على الأخذ بما أخفت به في نصها ، ولذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هي الظروف والملاسات التي رجحت عندها ما ذهب إليه (نقض -

٣٩٢- رقابة الفكر: التقصير في تفسير المبادئ الواضحة : وثيقين ٤٤

= مدنى في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١٤٢ م (٨٤) . وقضت أيضاً بأنه مها بلى بأن المحكمة أن تعمل عن المبدأ الظاهر للعد إلى ما تراه من أنه مقصود المبادئ ، فلا شك في أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العد أن تدين في حكمها لم عدلت عن الدلول الظاهر إلى خلافه ، وكيف أطلعت ميته المبدأ الذى أخذت به ووجعت أنه مقصود المبادئ ، بحيث يضح من هذا البيان أنها قد احتجبت في تأويلها إليه على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها . فلما لم تعمل على حكمها شيئاً بمصير أسبابه (تحت مدنى في ٣ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥٠ رقم ١٨ م (٣٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت في ورقة من أوراق الدعوى ، وأوردت في أسباب حكمها الاعتبارات التى دعمتها إلى ذلك ، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلاً ، فلا يصح التمس على حكمها أنها سحت الورقة التى فصلت لضميرها أو أنها حرقت متعلما (تحت مدنى في ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥٠ رقم ٥٧ م (١٤١) .

أنظر أيضاً في هذا المص : تحت مدنى في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٩ م (١٦١) - وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ م (٢٨٣) - وفى ٥ يناير سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ م (١٠٢٠) - وفى ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٥ م (١١٥٥) - أنظر كذلك «التنقح في المواد المدنية والتجارية» لـ محمد فهمى بلشا والـ دكتور محمد حلمد فهمى بك بقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه ، وأنظر بقرة ١٠٣ وبقرة ١٠٤ من هذا الكتاب في قد قضاء عملى التنقح المصرية والقصرية في هذه المسألة ولدى رأى خاص للمؤلف هذا الكتاب .

وقد ذهبت محكمة التنقح القصرية هذا المنصب في أحكامها ، ومنها أخذت محكمة التنقح المصرية كالتفت الإشارة : أنظر تحت فرنسى في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٧ - ١ - ١٧٦ - وفى أول يوليو سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢١٧ - وفى ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٤٦٩ - وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ١٠٤ - وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيره ١٩٠٣ - ١ - ٢٦٧ - وفى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيره ١٩١٧ - ١ - ١٢٧ - وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ سيره ١٩٢٢ - ١ - ٧٩ - وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيره ١٩٢٥ - ١ - ١٦٦ - وفى أول يوليو سنة ١٩٢٦ سيره ١٩٢٦ - ١ - ٢٨٦ - وفى ٢١ يوليو سنة ١٩٣٠ سيره ١٩٣٠ - ١ - ٣٦٥ - وأنظر في تحليل قضاء محكمة التنقح القصرية واليهود الثلاثة التى مر بها هذا القضاء كتاب «التنقح في المواد المدنية والتجارية» لـ محمد فهمى بلشا والـ دكتور محمد حلمد فهمى بك بقرة ٨٩ - بقرة ١٠١ .

هذا ولعل نيبا لقضاء من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استمر كالدكتور أبو طانية (في رسالت في التصرف المجرى نسخة عربية م ٢٨٤ طبع م ٨) على القانون المدنى لمجديده قد ذهب إلى أن البقرة الأولى من المادة ١٥٠ تنص من تفسير العبارة الواضحة للعد . وقد رأينا أن هذا التمس في القانون المجدد لم يقصد به إلا تبيين قضاء محكمة التنقح في هذه المسألة ، تنح وليس . من تفسير العبارة الواضحة بالقصرين اللذين يتبعهما .

فلمنعه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم . فإذا التزمت محكمة الموضوع المعنى الواضح لفظ الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسيب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذي يعبر عن مقصود العاقدين . أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذي قصد إليه المتعاقدان ، وجب عليها أن تبين في أسباب الحكم لم كان هذا العدول . ومحكمة النقض تراقب الأسباب ، فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغة سلم الحكم من النقض ، وإلا نقض لقصور التسيب (١) . ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً في رقابة محكمة النقض ، وإلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك ، بل يكفي بتقرير أن العبارة غامضة ، وأن المعنى الذي استخلصه هو مقصود المتعاقدين ، وأن هذا وذلك يدخل في سلطان تقديره الموضوعي دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

٣٩٣- هل يؤثر المعنى الظاهر لفظ الواضح أم لا في الإرادة الظاهرة:

وبعد أن بسطنا القاعدة في تفسير العبارة الواضحة للعقد، يحق لنا أن نسأل: ما دام القاضي لا ينحرف عن المعنى الظاهر لفظ الواضح ، وقد ألزمه القانون ذلك بصريح النص (٢) ، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ في هذه الحالة

(١) ولكي هنا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ولاحظ أخيراً أن القاضي ينبغي أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين القائمة ، سواء أكان هناك عمل لضرب العقد أم لا . فليس للقاضي المدنى ما يتبع به القاضي الجنائى من حرية في تكوين عقيدته . وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض — أظن قضاء هذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسباب » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٢٩٧ فقرة ٣) .

(٢) وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأكيداً لذلك ما يأتي : « لا ريب أن لإرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار . بيد أن هذه الإرادة ، وهي ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية ، هي عبارة العقد ذاتها . فإذا كانت هذه العبارة واضحة ، لزم أن تعد تفسيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، وليس يجوز الانحراف من هذا التفسير لاستقصاء ما أراده المتعاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل . تلك قاعدة يقتضى استمرار التامل حرماً بالتأني في مراعاتها » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٢٩٦ فقرة ١) .

بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، ما دام لا يميز الانحراف عن الأولى ؟ إن الإطلاق الذي رأيناه في نص القانون قد قيد بما قدمناه من أن القاضى له أن يمدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر يقتضيه بأنه هو المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، ما دام يورد الأسباب المعقولة التى تبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى لا يأخذ فى العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هى ذات الإرادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تظاهراً ما بين الإرادتين ، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل فى أسباب الحكم .

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى الجديد - وقد نهج فى هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا - لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا مفروضاً أنها هى ذاتها الإرادة الباطنة . فالإرادة الظاهرة عنده هى الدليل على الإرادة الباطنة ، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس ، ومتى ثبت العكس فالعبارة بالإرادة الباطنة .

٢٤ - عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤- البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين : تقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ : « أما إذا كان هناك عمل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرقى للألفاظ » .

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرقى للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة كما رأينا ، فأولى بنا ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة ، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر ، بل تختمل أكثر من معنى . وأما أن العبارة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا بالإرادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضاً ، لأن الإرادة المشتركة هى التى اتفق عليها المتعاقدان ، فهى التى يؤخذ بها ، دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاقى معه المتعاقد الآخر فيها (١) .

(١) وبحول المذكورة الإضافية للدعوى التمهيدية فى هذا الصدد ما يأتي : « وإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمية بحيث تختمل فى جزئياتها أو فى جنباتها أكثر من معنى ، تعين الاجتهاد إلى التفسير . والجوهرى فى هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا الإرادة الفردية لكل منهما » (مجموعة الأعمال القضائية ٢ ، ٢٩٦ - ص ٢٩٧) .

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة ، أو النية المشتركة ؟ نشبت الآراء في ذلك . فن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التي تكون محلاً للتضير لا يمكن إلا أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد . ذلك أن التضير لا يكون إلا في العقد الصحيح كما قلنا : وما دام العقد صحيحاً فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة ، وإلا لدخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما كان صحيحاً . فلا يجوز إذن أن يكون تضير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، وإنما يكون التضير وسيلة لاستخلاص الإرادة فباطنة من الإرادة الظاهرة ، فالإرادة الظاهرة وحدها هي التي تكون محلاً للتضير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة (١) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يفترض عند تضير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وهنا إن صبح في الكثرة الغالبة من الأحوال ، إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصداً أمراً اتفاقاً عليه ، ولكن عبراً عنه تضيراً غير دقيق ، فتصرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة ، ولا تكون في هذا القرض في منطقة صحة العقد ، فالعقد صحيح

(١) ويقول الدكتور محمود أبو طاية في هذا المنع ، بعد أن ينس على الفقيه الفرنسي والمصري الملقب بين سنة التصرفات القانونية وتفسيرها ، ما يأتي : « وهنا خطأ بين يجب استنباده بفعل حاجين للمأكلين إحداهما عن الأخرى لسبب السابق ذكره ، وهو أن تعديدهم أمر التصرف مسألة لا توضع إلا بعد التسليم بصحته ، وصحة التصرف تخفى بدورها اتفاق الإرادة الملتزم مع الإرادة الحقيقية ، فلا مضي إذن لإعمال الإرادة الملتزمة بحصة الأخذ بالإرادة الحقيقية ، بل يجب التمسك بمضمون الإرادة الملتزمة ... يجب إذن فصل المصلحة التي يسل فيها مبدأ اتفاق الإرادة الملتزمة مع الإرادة الحقيقية كشرط لصحة التصرف عن منطقة المبدأ المتعلق بتعديدهم أمر التصرف . والنتيجة التي تقرب على ذلك هي أنه ما دام التعبير عن الإرادة صحيحاً فتضيره لتعديدهم أمر لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة الملتزمة ، وإنما وسيلة الاستخلاص الإرادة الحقيقية من صحة التعبير . ولا نزاع في أن التناقض عندئذ أن يصرف النظر عن الملق المحرق للألفاظ المتصلة ليتم فقط بمقتضى المصود في الحقيقة وهي بينين من مجموع الظروف الخارجية التي لا يست التعبير . ولكن التناقض عندما يخل ذلك لا ينفذ التعبير من الإرادة وإنما يصيره » (التصرف المفرد : نسخة عربية من ١٨٣ - ١٨٤) .

أظهر أيضاً في تحديد منطقة كل من التلط والتضير ولكن مع جعل الإرادة الباطنة أساساً لكل منهما الدكتور حلمي بهجت بمؤى بكهة ١٨٦ .

والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد . وإنما نكون في منطقة تفسير العقد ، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تغاير . والواجب في هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة ، فلا تكون هي محل التفسير ، بل يجب نبذها والبحث عن الإرادة الباطنة في تفسير العقد . ومن ثم يكون الرأي الذي يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتماً للإرادة الباطنة ، وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأساس هي دائماً محل التفسير ، رأياً فيه إطلاق يحذر تقييده . والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هي التي تعبر في العادة عن الإرادة الباطنة ، والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان ، فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هي محل التفسير ، ما لم يعم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة ، وأن بين الإرادتين تغايراً ، فتكون العبرة في هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة ، وتكون الأولى لا الثانية هي محل التفسير .

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل في الإيجاب الموجب من الموجب إلى الطرف الآخر ، مفهوماً على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به (١) . فالإيجاب يصدر من الموجب ، ويتلقاه الطرف الآخر ، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلاً أو المستطاع تحصيله هو الذي نقف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائياً يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك . فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويتساومان ، ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيهان معاً ، ولسنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه .

ويذهب سالي (Saliciles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي هذه

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور الشني في رسالته في « تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد » ص ٥٨ .

الإرادة القانونية التي يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين ، دون أن يضحي إحداهما لمصلحة الأخرى . . . وظاهر أن هذا الرأى يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما ، بل هى إرادة من صنع القاضى ، هو الذى يقوم بنسج خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً (١) .

ونحن نؤثر ألا ننحاز لرأى من هذه الآراء . وأن نستقى لمسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لا يبدو أن يكون هناك مظهر خارجى للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين ، أى إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يعم دليل على غير ذلك ، وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين . . . وهى النية المشتركة التى تبحث عنها - من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير نستهدى بها ، هى التى نتولى الآن الكلام فيها .

٣٩٥ - العوامل التى يستهدى بها القاضى للكشف عن النية المشتركة

للمتعاقدين : ويستهدى القاضى للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكرها القانون الجديد بعضاً منها لأهميته . فهو يستهدى بطبيعة التعامل ، وبما يفيض أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للمعرف الجارية فى المعاملات (١٥٠م ٢) . وغنى عن البيان أن القانون الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر . فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدى بها القاضى .

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسبياً بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهى خارجة عنه ونسبياً بالعوامل الخارجية . والكثرة الغالبة من هذه العوامل هى عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية ، يطمئن إليها القاضى فى تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل . إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين -

(١) سأل: فى الالتزامات فى القانون الألمانى (الطبعة ١٥٧ ص ٢٢٨ وما بعدها) - وانظر اعطاء الدكتور الشيخ رأى سأل فى رسالته لى «تكون العقد وتضمينه فى القانون المصرى الجديد» ص ٥٥ حاشية رقم ٢٢ .

وهذه مسألة نفسية خفية - بعوامل مادية ظاهرة . وتتكلم في كل من العوامل الداخلية والعوامل الخارجية .

٣٩٦ - العوامل الداخلية في تفسير العقد : ذكر القانون منها طبيعة

التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وتضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضى في تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ، ذكرها القانون المدنى الفرنسى لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى) . وقول كلمة موجزة في كل من هذه العوامل .

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل ، أى بحسب طبيعة العقد وموضوعه . فإذا احتملت العبارة معانٍ مختلفة ، اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشاركة . إذ المقول أن المتعاقدين قصد أن يتركوا العقد محكوماً بالقواعد التى تقتضيه طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك . فإذا اشترط المعير في عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً (١) . وإذا كانت العبارة عامة ، فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذى تم التعاقد عليه . إذ المقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجوا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة في مجاوزته . فإذا تمحارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث ، فسر ذلك بأنه ينال عن جميع حقوقه في التركة التى يتنازع فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه ، ولكن لا يشمل التنازع حقوقاً موروثه من تركة أخرى (٢) .

(١) أنظر أيضاً : استئناف غلظ في ٢٥ يولية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩٢ - قض

فرنسى في ١١ نوفمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٢١٣ .

(٢) أنظر نظرية العقد للؤف فرة ٨٣٤ .

ويستلزم القاضى بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاملين . والأمانة (loyauté) واجب على المتعاقد ، والثقة (confiance) حق له . ويبان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة فى التعامل . فإذا كان هناك خطأ فى التعبير أو ليس ، واستطاع أن يبين ذلك أو كان يستطيع أن يبينه ، فالأمانة فى التعامل تقتضى عليه ألا يستغل ما وقع من إيهام فى التعبير ، ما دام أنه قد فهمه على حقيقة أو كان يستطيع أن يفهمه . ويقابل هذا الواجب حق . فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب . وهذه هى الثقة المشروعة ، وتتطلب على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة فى تفسير العقد .

وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد ، وكان أحد هذه المعاني هو الذى ينتج أثراً قانونياً ، حملت العبارة على هذا المعنى ، إذ إعمال الكلام خير من إهماله . فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له فى مقابل دين ، واشتروط الدائن أن يستولى على ريع الأرض فى نظير القوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة - إذ هو يجمع خصائصها - فإنه لا ينتج أثراً قانونياً ، لأن الغاروقة قد أُلغيت بإلغاء الأراضي الخراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة ، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن الحد الأقصى الذى يجوز الاتحاق عليه فى القوائد^(١) .

وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً . فلا يجوز عزل العبارة الواحدة من بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد . قد تكون هناك عبارة مطلقة ، وتحدد عبارة سابقة أو لاحقة . وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة ، وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر . فإذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم حين هذه المفروشات فى مكان آخر من العقد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ، إذ التماس بقيد العام . ولا يدخل فى المبيع ما لم

(١) أنظر فى هذا للمادة ١١٠٥ من القانون اللبنى الجديد . وأظر فى أمثلة أخرى نظرية العقد للوفىقرة ٨٣٣ .

يذكر في المبروشات المعينة ، حتى لو كان داخلاً ضمن مبروشات المنزل . وإذا قام التناقص بين عبارتين ، اجتهد القاضي في التوفيق بينهما ، فلو أمكنه إعمال البارتين معاً فعل ، وإلا اجتهد في إعمالها إلى أقصى حد دون إرفاق للفظ أو قسر له على غير معناه . فإذا كان التناقص يستصحب معه الجمع بين البارتين على أية صورة ، اختار العبارة التي يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى (١) .

وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تفرد بالحكم . فإذا باع شخص أرضاً زراعية ، وكان من توابعها مواش خصت بالذكر في عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المواشي وحدها هي التي تدخل ضمن الشيء المبيع ، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان ونحو ذلك يدخل أيضاً . أما تخصيص المواشي بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشوا أن يقوم شك في أن المبيع يشملها فصرحاً بذلك حسب الزرع ، أو لأنها يطلقان أهمية خاصة على هذه المواشي فأفرداها بالذكر . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة تقيض للقاعدة السابقة التي تقتضي بأن الخاص يقيد العام . فقواعد التفسير قد تتضارب ، وعلى القاضي أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذي يدعى لتفسيره .

٣٩٧ - المبروشات التجارية في تفسير العقد : ذكر القانون منها المرفق

الجاري في المعاملات ، ونضيف إليه الطريقة التي يتخذ بها العقد .
فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه المرفق الجاري في التعامل . إذ المقول في

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة — في دعوى طلب إثبات صحة عقد فيها المدعى عليه بأن الاتفاق الذي تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره — قد بطلت الواقع كما استخلصتها من الأوراق ، ثم حلت من المكاتبات التي تبودلت بين علمي الطرفين أن المدعى أنكر التصاعد منذ حصوله ، متبينة على ذلك إيراد ألفاظ وعبارات من تلك المكاتبات مؤيدة لما حمله ، فلا عليها إذا كانت لم تحف عندما ورد في مكاتبة منها على لسان علمي المدعى عليه بقيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع وإنما يalzع في خصيلاته فقط ، إذ المحكمة حين تفسر المبروشات إنما تفسرها كما فهمها هي ، وهي إذ تبلغ تفسير مبروشات متبادلة مراقبة لما تفسرها بما تخيه في جلبها لا بما تخيه عبارة معينة من عباراتها (تفسير مدني في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٠ من ١٦٩٩) — أخطر أيضاً نظرية العقد للوفى ققرة ٨٣٥ .

المسائل التي تولد فيها عرف أن يفرض في المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه ، وإلا لصرحا بمخالفته . فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف . وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى ، فله أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ في طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء مطلقا لحق ارتفاع الجار المرتفع بالمطل والنور والهواء (١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢٥٪ من قيمة الصفقة (٢) . والعرف يكون عاماً (٣) ، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص (٤) . ويجب أن يكون العرف مستقراً (٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التي تقضى بأن يكون نزح البئر في جهة رمل الإسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها (٦) . ويجب أن يكون العرف غير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للأداب (٧) . ولا يطبق العرف ، كما تقول محكمة النقض (٨) ، إلا عندما تستلزم نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم في ناحية مما تعاقلوا عليه أو ينظمونه في عموماً . وهناك مسائل يمرى فيها العرف يمرى القانون ، كما في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجارى ونحو ذلك ، ففي هذه المسائل يرجع القاضى إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب ، بل أيضاً لتكاملة العقد ذاته وتعهد نطاقه كما سترى . ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملاً من عوامل تفسير العقد غير العرف عندما يكون مصدرأ من مصادر القانون ، فإن القاضى إذا خالف العرف في الحالة الأولى

(١) قضا مدنى في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٥ من ١٣٧ .

(٢) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ١٠٩ .

(٣) استئناف مخطط في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ١٦٢ .

(٤) مينا جزء ١قرة ٦١ .

(٥) استئناف مخطط في ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ١٥٤ .

(٦) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٣٠ .

(٧) استئناف مخطط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ١٦١ .

(٨) قضا مدنى في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٧ من ١٤١ .

لم يكن حكمه عرضة للنقض . أما العرف في الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضي نقض حكمه .

وقد تنضج إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد . فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن ، فسرت إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها . مثل ذلك أن يفتل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة ، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر ، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر ، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة في هذا المحل (١) .

٣٩٨- بآية إرادة مؤخذة في تفسير العقد : ويخلص مما قدمناه أن القاضي

في تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين ، ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها. فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة . ولا هو لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة . وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable) (٢) .

ونرى من ذلك أن القانون الجديد، في حالتي العقد الواضح والعقد الغامض، لا يعتد بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة . وهو على كل حال دليل يقبل إثبات العكس .

(١) أنظر في القضاء المصري نظرية العقد المؤلفت من ٨٢٨ .

هنا وقد تنضج إرادة المتعاقدين عن طريق أى عامل آخر خارجي عن العقد . مثل ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة ، حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أقرت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرتة في الدعوى والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها ، فيعين رفض هذا الطعن (نقض مدني في ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ من ٣٩٠) .

(٢) وهذا يجرب من النظرية الألمانية المعروفة بنظرية الثقة (Vortausentheorie) التي أشار إليها الدكتور الشنقي في رسالته « في تكوين العقد وفي تفسيره في القانون المصري لجديده » ص ٥١ - ص ٥٣ . وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك .

٣٩ - قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

٣٩٨ - يفسر الشك في مصلحة المدين - صبرات هذه القاهرة :

وضع القانون نصاً صريحاً في هذه الحالة - الفقرة الأولى من المادة ١٥١ - بقضى بأن يفسر الشك في مصلحة المدين . فإذا قام شك في مدى التزام المدين بمقد ، فسر هذا الشك في مصلحته ، وأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى . ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية :

(أولاً) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين ، فنلك لأن الأصل برائة النعمة ، والالتزام هو الاستثناء ، والاستثناء لا يتوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد ، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق .

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه ، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك ، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل . فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير (١) .

(ثالثاً) ويقال أيضاً في تبرير القاعدة إن الالتزام بعلمه الدائن لا المدين . فإذا أمله مبهماً يحوم حوله الشك فالتحطأ خطأ ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين ، إذ كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يحول الشك فيه . ومزية هذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى حتى لو كان

(١) وتشير المذكرة الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتي : « إذا عرض ما يدعى على ضمير القدر ، وبنى الشك يكتنف لإرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمال أحكام التفسير التي تضمنت الإشارة إليها ، فسر هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن . تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب القناعات ، وهي ترد إلى أن الأصل في القصة البراءة ، وعلى هذا أن يقيم الدليل على وجود دونه باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل ، فإذا بقي شك لم يوفق الدائن إلى لزامه فن حق المدين أن يفيد منه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٩٩) .

فإن عقد الإذعان يملية الطرف القوى على الطرف المذعن في جميع مشتملاته ، فتكون التزامات هذا الطرف القوى هي أيضاً من إملاته . ففسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المذعن وهو هنا الدائن .

٣٩٩- نطاق تطبيق القاهرة : والقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه ،

ويرد عليها في حدود هذا النطاق استثناء معين .

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتاقدين : مجرد شك ، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ، ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجها واحداً لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه ، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتاقدين التقيا عندها ، بل أراد كل منهما شيئاً لم يردده الآخر ، فلم يتعد العقد . ولا بد ، من جهة أخرى ، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه . فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن النية المشتركة للمتاقدين - مهما كان هذا عسيراً - واستطاع أن يزيح عنها الشك ، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة ، ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين (١) .

أما الاستثناء الذي يرد على القاعدة فهو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه ولا يجوز أن يكون تفسير المبررات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن . فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائماً ، على خلاف القاعدة التي نحن بصدددها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتماقد إلا إذا كان مديناً . وقد مر بيان ذلك عند الكلام في عقود الإذعان (٢) .

(١) وقد قست محكمة النقض بأن الاشتباه في التفسير المتصور من المشاركة التي يجمعه تفسير المشاركة بما فيه القائمة للتصديق هو الاشتباه الذي يقوم في نفس القاضي لمحو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المتبادر من الحكم أن المحكمة قد استخلصت في اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشتري بمطالبة بفسخ العقد المبيع له أنه نعلم المبيع ، ثم قست بإلزامه بالتمن ، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه (قض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) .

(٢) أنظر أيضاً صفة ١١٨ - وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وينبغي كذلك تفسير ما ينشأ من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمدين ، -

٤٠٠ - تطبيقات للقاعدة : فإننا وجدنا القاضي نفسه في نطاق تطبيق القاعدة طبقاً . وفسر العقد الملزم بجانب واحد لمصلحة الجانب الملزم . وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أى من المتعاقدين يكون مديناً في الالتزام الذى يفسره ، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر . فإذا كان هناك شك في وجوب إعذار المدين ، صبر هذا الشك في مصلحته ووجب الإعذار (١) . وإذا قام شك فيها إذا كان الشرط الجرائى مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، كان الشرط غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ (٢) . وإذا كان المدين ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للمدين أن يتبع ما هو أبسر عليه وأخف مؤونة (٣) . وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان البيع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (٤) .

المطلب الثانى

تحديد نطاق العقد

٤٠١ - النصوى القانونى : نصت المادة ١٤٨ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« دائماً كان أو مديناً ، إذ ليس له ، على كلا الجانبين ، يد في هذا التسويز » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ٢٧١) .

- (١) استضاف مخطوط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .
- (٢) استضاف مخطوط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - وفي ١١ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ .
- (٣) استضاف مخطوط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ .
- (٤) محكمة استئنافية الكلية التجارية المخططة في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جلزت ١٢ رقم ٢٨٧ من ١٦٥ - أقرر أيضاً استضاف مصر الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المجلد ١٢ رقم ٢٥ ص ٧٣ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المجلد ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ - استضاف مخطوط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ - وفي ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ -

١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (١) .

وهذا النص يبين في الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد ، وفي الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه .

٤٠٢ - التمييز بين تفسير العقد وتحرير نطاقه وكيفية تنفيذه : وهناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد . فلذا فرغ القاضي من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقاً

٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م - ٥٩ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ م ٥٩ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ٢٣٩ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢٠٠ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ م ٢٩٨ - أنظر أيضاً نظرية العقد المؤلف فقرة ٨٤٠ م ٩٤٨ .

(١) تاريخ النص : تقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهي التي تميناها ، مرجعنا الفقرة الأولى إلى المطلب الثالث عند الكلام في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . وقد ورد النص في المادة ٢١٤ فقرة ٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يترتب أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ، وفقاً للعدالة والعرف والقانون » . وفي لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتى : « وفقاً للقانون والعرف والعدالة » ، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص كما هو في المشروع النهائى . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على نص بأنه يسلط للقاضي سلطة خطيرة إذ يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين وفي ذلك لمعدل لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولا كانت المادة ١٥٤ تتكلم عن تفسير العقود فيعكس الاستثناء بها عن المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون في تفسير العقود وليس في تنفيذها . وبعد مناقشة استفيض عن عبارة « ولكن يترتب أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام » عبارة « ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستزماته » وأضيفت عبارة « بحسب طبيعة الالتزام » في آخر الفقرة ، وفلت العبارة في تحريراً إلى التعديل يعيل المحكم أوسع دون أن يمس جوهره . وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ م ٢٨٧ - م ٢٩٠) .

نية المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً لقانون والرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ثم ينتقل القاضي ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد . فيلزم المتعاقدين بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه - والمشتللات يعرفها القاضي عن طريق التفسير وتحديد النطاق - ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية : (م ١٤٨قرة أول) (١) .

وقد فرغنا من الكلام في تفسير العقد ، فننتقل الآن إلى الكلام في تحديد نطاقه .

٤٠٣ - العوامل التي يترسدها القاضي في تحديد نطاق العقد : لا يقتصر القاضي ، كما قلنا ، في تحديد نطاق العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وقد ذكر القانون ، لا على سبيل الحصر ، أهم العوامل التي يترسدها القاضي في تحديد

(١) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه بين عل رفع الجس في مسائل تنق مضطرة دون هذا التمييز . قال تفسر العقد نفي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفي تحديد نطاق العقد نصيب إلى هذه النية المشتركة ما لم يتناول في الواقع ولكنه يعتبر من مستلزمات . وفي تنفيذ العقد نجعل هذه النية المشتركة بعد أن نضيف إليها مستلزمات ما هي شربة المتعاقدين فلا يجوز تنقض العقد ولا تعديله إلا بأشكال الطرفين أو للأشباب التي يقرها القانون ، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ونرى هذا التمييز واضحاً في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، وإن ذهبت هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير ، على أن هذا الترتيب العكسي لم يخلط ما بين المسائل بل أجبر كلاهما في الحدود المرسومة لها . وهنا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن : « وما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م ١٤٨ جديد) تنص على طبيعة الالتزام في معرض تحديد مضمون العقد ، وتنص ... على الرف الجارى في شرف التسلل بعدد كيفية تنفيذه . والواقع أن التفرقة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة . ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد ، وقد يستتبع ذلك استكمال ما لم يصرح به فيه . ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يخصص على شقه الثابت بالبرارة دون ما يشتمل منه من طريق الدلالة . فإذا تم للمتعاقدين تحديد مضمون العقد وتفسيره عمداً إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية وما يخص الرف في شرف التسلل (أنظر م ٢٢١ من القانون الثاني) . وإذا كان التفسير بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية التطبيقية البحتة ، فإن الراجح أنها تخطو الواقع يضبطها ، ويجعل ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩٧) .

هذه المستلزمات ، ومن ثم في تحديد نطاق القيد . وهذه هي : (١) طبيعة الالتزام . (٢) القانون في أحكامه التكوينية والمفسرة . (٣) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style) . (٤) العدالة .

٤٠٤ - طبيعة الالتزام : وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation) تعمل على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة (١) . فمن باع عينا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء (م ٤٣٢ جديد) . ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده ، كرهن وكفالة أو دعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التي لا غنى عنها في تسييرها . ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك (٢) .

٤٠٥ - القوانين التكميلية والمفسرة : والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplétives, interprétatives) تعين القاضي إلى حد كبير على استكمال نطاق العقد . ذلك أنه يصعب في كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما

(١) وقد رأينا أن نص الشروعين التمهدي والتهائي واضح في أن طبيعة الالتزام تحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة . ونحس هنا المني بعد التعديل الذي أدخلته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، على أن اللجنة تقول في تقريرها إنها قصدت من التعديل أن تجعل الحكم أوضح دون أن تمس جوهره . وليس ثمة كبير أهمية لهذه التحويرات ، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تآلف في تحديد نطاق القيد . وعلى هذا الرجوع جرت في شرح النص . (٢) أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٤ من ٤٠٠ - وقول الأستاذة بلاتيلور وريير وبولانييه في وسطهم إن القضاء الفرنسي يضيف إلى نطاق القيد التزامات ثلاثة يتخلصها من طبيعة القيد . الالتزام الأول هو المل بمحسن نية (agir de bonne foi) ، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ القيد لا بتحديد نطاقه . والالتزام الثاني هو الزام الضيف (obligation de garantie) ، وقد نظم القانون الزام الضيف هنا في بنى القود كالمبيع والإيجاره ولكنه الزام عام في كل القود التي تخضع لطبيعتها ذلك . والالتزام الثالث هو ضيف السلامة (obligation de sauvegarde) ، وهو الزام تقتضيه طبيعة بنى القود ، فقد المل يقتضى أن يضمن رب المل سلامة المالك ، وعقد قتل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين القتل سلامة الأشخاص . هذه ينظمهم من مكان إلى مكان (بلاتيلور وريير وبولانييه سنة ١٩٤٩ جزء ٢ ٢ فقرة ٤٠٠ - ٤٠٩ وقررة ٩٠٨ - ٩٦٢) .

بيهما في جميع تفصيلاتها فهما في الغالب يتركان بعض التفصيلات ، إما لأنها لم يتوقعها ، وإما اعتماداً على أحكام القانون (١) . وهنأتى الأحكام القانونية المفسرة تكمّل العقد . مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع ، فيعينا المبيع والممن ، وقد يغفلان بعض التفصيلات كتحديد ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعبوب خفية وما إلى ذلك . كل هذه التفصيلات بين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع ، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها ، وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمداً على هذه الأحكام المفسرة . وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد . وهذا ما يعقل أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورها ، لأن هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تكمّل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد ، فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة . فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من القود بالسعر القانوني في ظل القانون القديم (وكان السعر القانوني ٥ في المائة) ، فإن القانون الجديد ، وقد نزل بالسعر القانوني إلى ٤ في المائة ، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥ . / .

ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها ، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذي يريانه ، فهي ليست من النظام العام . وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين ، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس .

(١) وهذه غير الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ ، والتي مر ذكرها ، وهي حالة ما إذا اضطر الطرفان على جميع السائل المجرية في العقد واحتفظا بماتل تفصيلية يضافان عليها فيما بعد ، ولم يشترط أن العقد لا يتم عدم الاتفاق عليها ، فإن المحقة تضى فيها طلباً لطيفة العدالة وأحكام القانون والرف والعدالة . والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين في الحالة التي نحن بصددنا أغفلوا بعض التفصيلات لأنها لم يتوقعوها أو توقعاها ولكن تركوا تطبيقاً لأحكام القانون . أما في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ فإن التفصيلات التي تركها المتعاقدان جرت تطبيقاً من تفصيلات توقعاها وأرادا أن ينظماها بأنفسهما ، ولكنها لم يستطعا الوصول إلى هذا الاتفاق . والتاضي في هذه الحالة الأخيرة لا يفسرية للمتاعدين ولا يكل نطاق العقد ، وإنما يحل محل المتعاقدين في صنع العقد .

٤٠٦ - العرف والشروط المألوفة : رأينا أن العرف يجري مجرى القانون

في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب البحري . وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style) . فتنضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه ، وهي شروط أكثر تحديداً من العرف . ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشمل على عبارات معينة ، حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة . وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذها تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر ، لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد . مثل ذلك ما جرت به العادة في القنادق والمطاعم والقاهى من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفع بها الخدم ، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً . ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج في العقد ، فالشرط الخاص هو الذى يعمل به (١) .

٤٠٧ - العمالة : وقد يسترشد القاضى بقواعد العدالة في

استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبايع لا يلزم فحسب أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري : بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد ، وقد يورد القانون في شأنه نصوماً صريحاً (أنظر م ٤٢٨ من القانون المدنى الجديد) . وبائع المتجر يلزم نحو المشتري ألا يتنافس منافسة يترفع بها عملاء المتجر ، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد . والعامل الفنى إذا عمل في مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلزم ألا يبيع بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م ٦٨٦ جديد) . وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده في الابتلاء ، ولو لم يشترط رب العمل في العقد

(١) استكتاب عطل في ٦ يولية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ .

أن يكون له الحق فيما ينتدئ إليه من المقرعات (م ٦٨٨ قرة ٢ جديد). وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية ، إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة . هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة - وقد وضع لها القانون الجديد نصاً عاماً وطبقها في عقود مختلفة - إلا تطبيقاً لمبدأ العدالة في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمؤمنين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة .

٤٠٨- -تحرير نطاق العقد من مسائل القانون : وإذا حدد القاضي

نطاق العقد، خضع في هذا التحديد لرقابة محكمة النقض، فستطيع هذه المحكمة أن تعقب على حكمه ، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه . فإذا طبق القاضي بعض شروط العقد دون بعضها الآخر ، كان في ذلك انتقاص من نطاق العقد ووجب نقض الحكم (١) .

(١) وإلى هذا الرأي ذهب محكمة النقض عندما قضت بأن الحلف في تطبيق نصوص العقد خطأ في تطبيق القانون بمنح لرباطة محكمة النقض . ففي دعوى القاتول التي لم يدفع الدعي عليه (وزارة الحربية) غير التأمين للوقت ، وعندما أعلن بقبول عقائه وكلف بإدراج التأمين التهاى استنح ولم يمرر عقد التوريث وطلب إعفاء من الصهد ، فألقى الدعي عليه عقائه وانصرف إلى غيره في استيراد السلوبة - في هذه الدعوى لما طلقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها التي كان يجب تطبيقه ، فطسكة النقض أن تنقض الحكم وتصل في الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق . ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد التالفة وعدم تطبيق بعضها الآخر على الدعوى هو مما يدخل في ولاية قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيما يراه من غير هذه الشروط ، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتراح يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة ٢ رقم ٧٩ ص ٢٢٢) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تعميم بند في العقد تعميماً صحيحاً مع ترك البنود الأخرى يوجب نقض الحكم (نقض مدني في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ بمجموعة ٢ رقم ١٧٢ ص ٥٢٢) . أنظر أيضاً في هذا المنى «النقض في المولد المدنية والجزائية» للملد تميم بإعها وهد كنور محمد جلد نهى بك ص ٢٩٦ - ص ٢٩٩ (والتمييز غير واضح في هذا المرجع) .

المطلب الثالث

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شرعية المتعاقدين)

٤٠٩ - الفاعرة العامة والاستثناء منها : القاعدة العامة هي أن العقد شرعية المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه . وقد أورد القانون الجديد ، عند الكلام في آثار العقد^(١) ، على هذه القاعدة استثنائين . الاستثناء الأول ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضي للعقد (م ١٤٧ فقرة ٢) ، والاستثناء الثاني ما تقضى به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضي للشروط التصفية أو الإعفاء منها (م ١٤٩) .

ولأننا نورد إلى عقود الإذعان قد سبق الكلام فيها^(٢) . وتقتصر هنا على ملاحظة أن العقد إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تصفية ، فإن العيب الذي يلحق العقد في هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه ، لا عند تنفيذه كما هو الأمر في نظرية الحوادث الطارئة . فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء . وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه أو الاستغلال يرتب عليه القانون نتائج محدودة . وكان المنطق يقضى بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان في المكان الذي وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال ، فهذه أشكال بترك .

فلذا تركنا عقود الإذعان في أن نبث مسألتين : (١) القاعدة وهي تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة .

١٨ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

٤١٠ - النص من القانون : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧

من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) ولا يلزم القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة عرفت في أماكن مختلفة كاستثنى .

(٢) أنظر آخراً فقرة ١١٨ وما بعدها .

والعقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين
لأو للأسباب التي يقررها القانون (١) .
ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ على ما يأتي :
ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن
النية (٢) .

٤١١ - المقر شريعة المتعاقدين : بعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد
نطاقه ، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه ، ما دام
العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً . وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي
يخضع لها القانون ، أي في نطاق لا يصطلم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب .
ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد يقوم مقام
القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون
في دائرة النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج
عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين ،
فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ، كان العقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي
على الوجه الآتي : «العقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله
إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون» . وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة
«ما دام قد انعقد صحيحاً» لعدم إلحاحها ، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١
من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت
رقم ١٤٧ . فقرة أول ، ثم مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التشريعية ٢ من ٢٧٨ - ٢٨٦) .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهيدي .
على الوجه الآتي : «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن
النية وما يخصه شرف التعامل» . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً قسرياً على النحو الآتي :
«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما يخصه نزاهة
التعامل» ، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس
النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قبل تطبيقاً على النص ذاته . وإن كان العقد شريعة
المتعاقدين فليس ثمّة مفرد تحكم فيها المبادئ لا المبادئ كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ،
فحسن النية يظل العقود جيداً سواء فيما يتعلق بصيغ مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها .
وحذفت اللجنة عبارة «وما يخصه نزاهة التعامل» ، وعملت هذا المذهب في تمررها بأن
في عموم نصيب حسن النية ما ينشأ منها ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أول . ووافق عليها
مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التشريعية ٢ من ٢٨٧ - ٢٩٠) .

هو القانون الذى يسرى عليهما ، وتوارى الدليل أمام الأصل . وهذا هو
المعنى الذى قصدت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت : «العقد
شريعة المتعاقدين» . وتقول المادة ١١٣٤ من القانون الملقى الفرنسى في هذا
المعنى : «الانفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم بالنسبة إلى من عقدها
مقام القانون » . (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi
à ceux qui les ont faites). وقد نقل المشرع الفرنسى هذا النص عن دوما
(Domat) كما قلنا (١).

١٢- فموجوز نقض ولا تعديل إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب

التي يقرها القانون: والنتيجة المباشرة للبدا القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ،
هى أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي
يقرها القانون .

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضى ، فلا يجوز لهذا أن
ينقض عقداً صحيحاً أو يبدله بدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة ،
فالعدالة تكفل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها . ولا يجوز نقض العقد ولا
تعديله من جهة أى من المتعاقدين ، فإن العقد وليد إرادتين ، وما تعقده
إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

هذا هو الأصل . ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين
أو لأسباب يقرها القانون .

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ، فليس هناك من أن تصور العقد تأخذ حكم
نصوص القانون على وجه مطلق . وقد عقد جوسران (جزء ٢-فقرة ٢٤٧-فقرة ٢٤٨) مقالة
بين العقد والقانون . أما وجه الشبه ففى أن كلاهما ملزم ، وأن كلاهما يجوز أن يخرج
على قانون أو على عرف ، وفى أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بين الطريقة التي صنع
بها كل منهما ، وفى أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية .
ووجه الخلاف هو أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون
فيبقى قانوناً آخر منه ولو كان متبرأ من النظام العام ، والعقد قد يحل بإرادة واحدة
فيكون إذن له طريقة غير التي صنع بها في أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يبقى إلا بالطريقة
التي صنع بها ، وتضمير العقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رغبة لمصلحة القضاء
عليها أما ضمير القانون فمسألة قانونية تخضع لرغبة محكمة القضاء .

فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً . إما باتفاقهما على ذلك عند النقص أو التعديل ، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما . والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها ، كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل . وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة ، كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م ٢٢٤) ، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦) . وفي جواز الرجوع في الهبة (م ٥٠٠) . وفي جواز تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩) ، وفي جواز رد الالتزام المرحق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة التي سنتناولها بالبحث بعد قليل (١) .

٤١٣ - ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية:

كان المشروع التهديدي للقانون الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل . وبهذا يجمع المشروع بين معيارين : أحدهما ذاتي قوامه نية التعاقد وقد اختاره التقنين الفرنسي ، والآخر مادي يعتمد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني » . (٢) ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس

(١) وغول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « العقد شريعة المتعاقدين ، ولكنه شريعة أخلاقية ، فهو يلزم عقائدي بما يرد الاتفاق عليه من وقع صحيحاً . والأسهل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي ، لأنه لا يتولى إقضاء العقود عن عقائديها وإنما يختص عمله على تغيير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء المتعاقدين . فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عقائدي — ويكون هذا التراضي بمثابة عقد جديد — أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون ، كما هو الشأن في أسباب الرجوع في الهبة » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٨٨ .

الشيوع ، عند ما حذفت المعيار الثاني الملصق بزمارة التعامل من المشروع النهائي ، قد استبقت في الواقع المعيار الثاني دون المعيار المادى . أما ما ذكرته في تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقرر المعيار المادى ، لأن في عموم تمير حسن النية (وهذا هو المعيار الثانى) ما يفتى عنها (١) غير صحيح ، لأن المعيار الثانى لا يفتى عن المعيار المادى . لذلك يجب ، بعد هذا التعديل ، الاكتصار على المعيار الثانى ، وهو معيار حسن النية .

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما أن ينفذهما بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ذلك أن حسن النية هو الذى يسود في تنفيذ جميع العقود . ولم يعد هناك ، كما كان الأمر في القانون الرومانى ، عقود حرة التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود راثلةا حسن النية (contrats de bonne foi) بل العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية (٢) . ويرتب القضاء الفرنسى على وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد أن الماثل إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن (٣) ، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلى بالنسبة إلى صاحبها (٤) .

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد ، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان في علم تنفيذ العقد حسن النية (م ٣٤٦ قرة ٢) . ويجازى سوء النية في علم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين في المسئولية العقلية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى في هذا الصدد ما يأتى : « ويستعصى بما نعلم أن العقد وإن كان شريعة للمتاعدين ، فليس ثمة عقود تحكم فيها للمبادئ دون الثانى كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جيداً سواء فيما يتعلق بصين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨) — وتقول الأستاذة بلاثول وروبير ويولانيه في وسيلهم (جز ٢ قرة ٤٥٥ — قرة ٤٥٧) إن القاضى كما يمنح التدليس (dol) في تكوين العقد ، كذلك يمنح القس (fraude) في تنفيذه . والتدليس والقس شيء واحد يفرض اسمين مختلفين ، فهو تدليس عند تكوين العقد ، وهو قس عند تنفيذه .

(٣) محلى فرنسى في ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ دالواز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٧٧ .

(٤) محلى فرنسى في ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ — ١ — ٤٢٠ .

بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين فى عدم تنفيذ العقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م ٢٢١ قرة ٢) . وهذا وذاك يبان عما وراءهما من قاعدة مسترة تنهى عن الغش وتأمر بحسن النية فى تنفيذ العقد .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى التنفيذ فى صورة التزام بالتعاون ، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه فى تنفيذ العقد . وفى عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء فى تنفيذ العقد أمر ملحوظ ، حتى أن القانون يميز حل الشركة لو أدخل أحد الشركاء بهذا الواجب (م ٥٣٠ - ٥٣١ من القانون الملى الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون الملى الفرنسى) . وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يحظر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ فى فرنسا : م ١٧ و ١٩ و ٢١) . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يحظر المؤلف عما تم فى بيع كتابه . وعلى المشتري أن يحظر البائع بدعوى استحقاق البيع فى وقت ملأه (م ٤٤٠ جديد) . وإذا كشف عيباً فى البيع وجب عليه أن يحظر البائع به فى خلال مدة مبسوطة (م ٤٤٩) . ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجرام الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م ٥٧٠) . ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائى والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك ، فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإتمام شيء من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م ٥٨١) . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كان محتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدى أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥) . وعلى الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة (م ٧٠٥) . وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧) (١) .

(١) الدكتور حلى بجهت بدوى بك س ٣٩١ - س ٣٩٩ . وقد أورد تعليقات كثيرة لفكرة التعاون .

ويمكن القول بوجه عام إن التزام التعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغنى في بعض الأحوال عن الاتجاه إلى نظرية التصف في استعمال الحق . فإن التعاقد الذى يحدد عن حسن النية في المطالبة بمغف يكون مسئولاً على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدى من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد ، قبل أن يكون مسئولاً على أساس المسؤولية التصديرية للتصف في استعمال الحق (١).

٢٤ - نظرية الحوادث الطارئة (*)

(Théorie de l'imprévision)

١٤٤ - النصوى القانونى : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

« ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسخ توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول .

(١) بلانول ورييه ويولانيه ٢ فقرة ٤٥٥ - فقرة ٤٥٧ .

(٢) بعض المراجع : برينيه (Bruneau) رسالة من أكرس سنة ١٩١٧ - سان ملوك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ - جيليت (Guérollet) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ - مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ - ريدوان (Redouant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - فيوت (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ - برزبان (Bruscia) رسالة من بوردوس سنة ١٩٢٢ - فولران (Voiron) رسالة من نانسى سنة ١٩٢٢ - لا يير (Lapoyre) رسالة من يوانيه سنة ١٩٢٣ - مانين دى بورنيه (Maignan de Bornier) رسالة من مونيلييه سنة ١٩٢٤ - ديجونكيير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - جاكلر (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ - أوفرنى (Auvigny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - حامد زكى رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ (في القانون الإنجليزى) - دى جودان دى لاجرانج (De Gaudin de Lagrange) رسالة من مونيلييه سنة ١٩٣٥ - بلورر (Barrois) رسالة من بوردوس سنة ١٩٣٧ - فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - زاكلس (Zacharias) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ - مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد بك في مجلة مصر المعاصرة السنة الثانية والستون من ١٩٤٩ وما بعدها (ويشير فيها إلى قرارات مؤتمر باريس للمولى في سنة ١٩٣٧) .

ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (١). وهذا نص مستحدث لم يكن له نظير في القانون القديم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المرسوم التمهيدى على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التصادى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، ملزما ملحا للدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، بعد اللويزة بين مصلحة الطرفين ، أن ينقض الالتزام المرحق إلى الحد المطلوب ، إن انقضت المدة ذلك » . وأضافت لجنة المراجعة كلمة « عامة » بدعارة « حوادث استثنائية » ، وللمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية بنسب ألا تكون خاصة بالدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لظلمة من الناس كقيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة لجيران أو انتشار وباء . وحذفت اللجنة عبارة الأخيرة من المادة وهي « إن انقضت المدة ذلك » على أن يعمل عليها عبارة « تبعا لظروف » توضع بدعارة « جاز للقاضى » . وأضافت فى آخر النص عبارة « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥١ فى المرسوم التامى . ووافق مجلس واب على المادة كما وردت فى المرسوم التامى . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل فى إيضاح النص إن الحوادث الاستثنائية الملمة تصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالقيضان والمراد ، ولا تصرف إلى الحوادث الفردية — كحريق المصوِّل — ولا بعد انتشار الدودة نادراً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع . وقيل أيضاً إن أساس النظرية هو قضية من الجانبين وليس إخلال أحدهما من الزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من المخاطرة لا أن يصحها أحدهما بإجمال القد . وذكر أن المرسوم فتح فى تحديد الحادث غير المتوقع موضع ضابط لتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية نظية الصيغة وبذلك غاير القانون البولونى الذى أخذ عنه نص المادة لأن هذا التفتين قد أخطأ التوفيق فى هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المصوِّل بأسره فى بنس سابق من تعليقات ضللت بفلك بين الله والحلول . وقيل كذلك إن استعمال القاضى لقرصة فى إغلاس الالتزام المرحق خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبيح استعمال هذه القرصة . ولا اعترض على عبارة « ينقض الالتزام المرحق » لأن القاضى قد يرى زيادة الالتزام المقابل لا إغلاس الالتزام المرحق كان الرد أن الإغلاس غير مقصود به الإغلاس التامى وإنما قصد به التعديل ونسب دائماً إلى عبء الالتزام ، فستطاعت اللجنة عن عبارة « ينقض الالتزام المرحق إلى الحد المطلوب » بعبارة « يرد الالتزام المرحق إلى الحد المطلوب » . ثم قام اعترض على النص فى ذاته يدعى أنه يخرج القاضى عن وظيفته ، إذ أن وظيفته من خبر لمراجعين لا تعديلهم بالإرادة ، ويدعى أن النص يثير مشاكل ومنازعات تهدد المعاملات لأن أقل حادث سياسى قد يترتب عليه تارة رفع الأسطر وأخرى اتهامها ، فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضى يحكم طبقاً لقواعد العدالة عندما لا يجد تصاً فى القد وهو فى هذا يصل فى حدود وظيفته . وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات ، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٦) .

٤١٥ - وضع النظرية: ونظرية الحوادث الطارئة تفترض الوضع الآتي : عقد يراعى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال ، كمعقد نوريد . ويعمل أجل التنفيذ ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان ، فيحتل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً . وليكن الحادث خروج السلعة التي تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة ، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خصائر التجار . فهل يؤخذ المدين في هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة ؟

لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، لكانت قوة قاهرة يقضى بها الالتزام . أو لو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة ، لما كان له من أثر ، فالتاجر يكسب ويخسر ، وكل من الكسب والخسارة أمر متوقع ، ولا لزام للمدين بتنفيذ التزامه كاملاً . ولكننا نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلاً ، ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف . ثم إننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد ، بل جد عند تنفيذه (١) . فإذا يكون الحكم ؟ نقول نظرية الحوادث الطارئة : لا يقضى التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة ، ولا يبيح التزامه كما هو لأنه مرهق ، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه ، يطبقه بمشقة ولكن في غير إلهاق . منه هي نظرية الحوادث الطارئة . وترأها وهي تقوم في مرحلة تنفيذ العقد تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد (٢) . فهي مثل

(١) قل أن الالتزام نشأ في قمة الدين مرهقاً فادحاً منذ تكوين العقد ، كمن يتعهد بخبر بترتيل تكاليف خرمها أضاع ما قدره (دى باج فقرة ٥٧٤ س ٤٩٩) ، لبقينا في دائرة تكوين العقد ولم نخرج إلى مرحلة تنفيذه ، ولكن علينا أن نخمس العلاج في عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو نحو ذلك .

(٢) وفي هذا قول للذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « فلاحظ أولاً أن نظرية الطوارئ غير النافذة ليست على وجه الإجمال إلا بطلاني نظرية الاستغلال . فحين إذا =

نظريتها تصلح لاختلال التوازن : هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقدين القوى أثناء تكوين العقد ، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقدين الضعيف أثناء تنفيذ العقد . على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأى من المتعاقدين ، ومن ثم تتوزع تبعته بينهما . وفي النظريتين الآخرين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من القبح (١).

ونظرية الحوادث الطارئة لما تطور معروف ، وقد أخذ بها القانون المدني الجديد نظرية عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً في حالات معينة . فتمثلت تلك : (أولاً) في التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة . (ثانياً) في نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد .

١ - التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

١٦٤ - النظرية في المصوّر الوسطى : لما كانت نظرية الحوادث الطارئة

= عاصراً لنقد العقد (ومع الاستغلال) أو كان لاسلام (ومع حالة الحادث غير التوقع) لا يمدد آراء فيما يكون للعقد من قوة الإلزام . فقد يكون سبباً في بطلانه أو في انقضاءه على الأقل . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٨١) .

(د) وتبين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ المبني للعقد وتنفيذه من طريق التمييز . ففي تنفيذ العقد من طريق التمييز لا يلزم للدين إلا بصحة الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . وما نحن ، بفضل نظرية الظروف الطارئة ، نقرر ما يقرب من ذلك في التنفيذ المبني ، فلا يلزم الدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذاً عينياً إلا بالتعذر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . وما زاد على هذا التعذر التوقع فلا يحمل تبعته كاملة . وتحول المذكورة الإلزامية للمعروض التمييزي في هذا المعنى ما يأتي : « ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة تهم ضرباً من شروط التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه من طريق التمييز . إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من المعروض التمييزي) وتطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ من القانون الجديد) بأن الدين لا يلزم إلا بصحة الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ المبني إلى حد بعيد عما كان في الوضع أن يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٨٧) .

هنا وتختلف نظرية الظروف الطارئة وسما نظرية الإنعاق عن نظرية الاستغلال في أن نظرية الاستغلال ذات ميل شخصي : استغلال قوى جالس أو طيشين . أما نظرية الحوادث الطارئة والإنعاق فهما ميل عامي : جعلت نظريته علم واحكاماً لسلطة أو مرفق .

فأت جانب أدبي بارز ، فهي تسعف التعاقد المنكوب عند ما يخل التوازن الاقتصادي للعقد ، فإن ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية . ظهرت في العصور الوسطى في القانون الكنسي ، ولما أثر ملحوظ في الفقه الإسلامي (١) .

فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يربون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً . فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أوجد عند تنفيذه . إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله ، وهو إضرار دون حق للدائن على حساب المدين المرهق . وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus) . فالعقد يفترض فيه شرط ضمني هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً . فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجيء في الظروف الاقتصادية .

وسلم رجال الفقه الإسلامي بنظرية الحوادث الطارئة في بعض العقود ، وبخاصة في عقد الإيجار . فيمنع الإيجار بالغر في منبج الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر لزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد ، فكان التصح في الحقيقة امتناعاً من الزام الضرر (٢) .

(١) أما في القانون الروماني فلا تسع لها سدى إلا في أقوال الفلاسفة من أمثال شيشرون (Cicero) وسينيكا (Seneca) .

(٢) الباعث ٤ ص ١٩٧ — والنظر لما أن يرجع الجنب للؤجرة كن استأجر حلاً في قرية مدة معلومة ، فضر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . ولما أن يرجع للؤجر ، كأن يلحقه دين فذبح لا يجد قضاءه إلا من ثمن الجنب للؤجرة ، فيصل الجنب عنراً في فسخ الإجارة ، وكذلك لو اشتد شيئاً فآجره ثم المظ على عيب به أنه أن يفسخ الإجارة وردد البايب (الباعث ٤ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ص ٤٦٣) . ولما أن يرجع المندر للستأجر ، نحو أن يظس فيقوم من السوق ، أو يريد سفرأ ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (الباعث ٤ ص ١٩٧) ، وكما إذا كانت الإجارة لقرض ولم يبق ذلك القرض ، أو كان عذر يمنه من الجرى على موجب العقد شرعاً ، تنقضى الإجارة من غير قض ، كالو —

٤١٧- النظرية في القانون الحديث - أثرها في القانون الخاص :

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثمرة ينفذ منها القاضي إلى الحد فينال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنين من رجال القانون الفرنسي القديم ، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة ، نظرية القوة الملزمة للعقد . وثبت القانون المدني الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية لاحقاً - على خلاف في الرأي - ولا قضاء .

لما في الفقه قد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء ، وحاولوا أن يجدوا لها سداً في المبادئ العامة للقانون المدني . فقل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية ، وليس من حسن النية أن يتصف الدائن بالمدين إذا أصبح الزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في حسابه (١) . ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه ، لا أن يعدل القاضي هذا الاتفاق ، فيفتح الباب واسعاً للتحكم - وقيل إن النظرية تفسر في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في الزام تعاقدي لا يذبح تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد (٢) . ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخلاً للمدين ، لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الحوادث الطارئة - وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب ، فالقاضي بتعديله العقد المرحق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين (٣) . ويرد على ذلك

«سأجبر إن شاء الله على دفعه عند وقوع الأكلة أو قطع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ - ابن عابدين ٥ ص ٧٦) .

ونظرية الضرر في الفقه الإسلامي - كما نرى - واسعة . وقد وضع الفقهاء لهذا معياراً مرناً ، فقال ابن عابدين (جزء ٥ ص ٧٦) : «والمحصل أن كل غفر لا يمكن منه استيفاء للعقد عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله بحيث له حق الفسخ» . فالنظرية تنظم ما يضره القانون الحديث قوةاهرة ، وما يضره حوادث طارئة ، وما يضره دون هذه وذلك . فلو أن أياً من متبعي المسكر (عند الإيجار للوقت فقرة ١٦٦ ص ٢٠٩) .

(١) ربيع في القاعة الأدبية فقرة ٨٤ وما بعدها - بلاتيلور وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

(٢) فرون بلاتيلور وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٤ .

(٣) بلاتيلور وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٥ .

بأن الدائن لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد - وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً ، إذ متى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إقصاؤه . ولكن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وجد ، وإلا لكان الغبن سبباً في بطلان العقد وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إستنادها إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق ، فالدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد تبرأخي التعادل إلى مدقن الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف ، فإذا هي تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً (١) - ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع . فإذا جدت أحوال تقتضي تدخل المشرع ، عولجت بالتشريع المناسب ويقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع في مصر وفي فرنسا على أثر الحربين العالميتين في تأجيل الديون (moratorium) ، وفي عقود الإيجار ، وفي تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية ، وفي بعض العقود التجارية (٢) .

أما القضاء المدني فلم يقر النظرية ، لا في فرنسا ولا في مصر .

وقد أثبت محكمة النقض الفرنسية أن تعديل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية نافهاً كل التضاهة (٣) . وأثبت أيضاً أن تعديل عقود التأمين من خطر التجديد وقت أن كانت الجندية في فرنسا

(١) بلاتويل ووير وبولانيه ٢قرة ٤٦٢ .

(٢) أنظر قانون مايو (Failliot) الصادر في فرنسا في ٢١ يناير سنة ١٩١٨ - وراجع في التشريع الفرنسي بعد الحرب المالية الثانية مذكرات غير مطبوعة لسم الدكتور له لأستاذ موران (Morin) - وأنظر في اقتصار التشريع على التدخل عند الانقضاء في حالات استثنائية الدكتور حلي بهجت بمؤى بك قرة ٢٢٩ ص ٤١٥ - الدكتور أحمد شحات أبوسيت بك قرة ٣٥٨ - قرة ٣٥٩ - وأنظر عكس ذلك في وجوب تدخل المشرع بنس علم يقرر النظرية في جلستها الدكتور حامد زكي (بلشا) في رسالته في الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي ص ٣٧٥ ونظرية العقد للؤثف ص ٩٧٦ هامش رقم ١ .

(٣) قس فرنسي في ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سيرة ١٨٧٦ - ١ - ١٦١ - أنظر حكماً آخر في ٨ أغسطس سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠٣ - ١ - ٤٦ .

بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالاً ، فزاد الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ (١) .

والقضاء المصري ، في ظل القانون القديم ، كالقضاء الفرنسي لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . وقد اضطر للقضاء المختلط في هذا المعنى فعنده أن الالتزام لا يقتضى إلا إذا صار تنفيذه مستحيلاً ، أما إذا كان التنفيذ ممكناً فإنه يجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم أخير بأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة ، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام (٣) .

والقضاء الوطني أيضاً لم يقر نظرية الحوادث الطارئة . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية في حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من اللوز المويجة ، بسعر معين ، فورد بعض ما تعهد به ، ثم طالبت المصلحة بتوريد جزء آخر ، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسميرة الجبرية من جنين وربع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات . وقد قررت المحكمة في حكمها : « أنه وإن كان من المقرر احترام المتود باعتبارها

(١) قض فرنسي في ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيرة ١-٥٦-١٢٩- أنظر أيضاً أحكاماً رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة : قض فرنسي في ١٧ يولية سنة ١٩٠٧ سيرة ١-١٠٩-١٠٩- وفي ٦ يولية سنة ١٩٢١ سيرة ١-١٢٢١-١-١٩٢٣ .
(٢) استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ م ٢٩-٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ٢٦٨-١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٣٨ م ١٥٥-١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨ م ٢٠٢-١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٣٨ م ٢٦٠-٧ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ٤١٤-٧ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ٤١٦-١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ١٥٧-٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ م ٣٠٨-٨ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٢٢٦-٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٢٧٩-٦ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٤٦٨-١٣ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٤٨١-٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ١١٢-٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ م ٣٥-٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ م ٥٣- فلان استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ م ٥١-٤ مارس سنة ١٩٢٥ (مطار إليه في رسالة الدكتور حامد زكي (باشا) من ١٤٠-١٤١) .
(٣) ٢ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ م ١٣٣ .

قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلاً استحالة مطلقة لحادث قهرى .
إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف . فإذا
طرات عند التنفيذ ظروف لم تكن في حبان المتعاقدين وقت التعاقد ، وكان
من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تحل بتوازنها في العقد
إخلالاً خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال .
فإنه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل
على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب . وإن نظرية الطارئ بما لم يكن
في حبان المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبرى ، إذ أن هذه تتطلب
لأجل أن تحقق استحالة التنفيذ كلية . وتلك تتطلب استحالة نسبية ، أو
بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إلهافاً للمدين . وإن
الروح التى أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية
الإفراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما هى
نفسها التى تحل نظرية احترام الظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان
وقت التعاقد ، وقد أخذ بتطبيقاتها فى نظرة الميسرة وفى الضرر غير المتوقع (١) .
ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة ،
وقرنتها بنظريتي الإثراء بلا سبب والتصف فى استعمال الحق من حيث أن
النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص فى القانون القديم ومع ذلك أخذ القضاء
بها . ولكن هذا الحكم الفذ ما لبث أن نقضته محكمة النقض . وقد قررت
هذه المحكمة فى حكمها : «أنه لا يتقضى الالتزام العقدى بالفسخ إلا إذا أصبح
الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه ،
فإن كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك ، بل كان كل أثره
هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب ، فلا يتقضى الالتزام . وإذن
فالحكم الذى يقرر المساواة بين هاذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى
كليهما ، زعماً بأن القانون المصرى ، وإن لم يقرر نظرية انقضاء الالتزام
بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين ،

(١) استئناف مصر الوطنية فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ الحاملة ١٢ رقم ٤١ من ٦٣ -
وانظر تطبيقاً لذلك لكتور حمد زكى (بلشا) فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية .

إلا أنه قد أباح الأخذ بها في بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك ، وبأن في نظريتي الإثراء على حساب الغير والإفراط في استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر - الحكم بذلك على هذا المزمع مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارئ في بعض الأحيان - إلا أنه قد أسبقى زمامها بيده ، يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب ، ولمصلحة العاقدین كليهما ، فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه (١). ويلاحظ أن محكمة النقض أثبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسب لانتقضاء الالتزام ، لا لردّه إلى الحد المعقول ، وعلى أساس أن نصوص القانون المدني القديم تتعارض مع إقرار النظرية . فهي إذن لا تأبى أن يوضع للنظرية نص تشريعي عام يجعل الجزء إنقاص الالتزام لا انتقضاءه . بل هي تصرّح بذلك في الحكم ذاته إذ تقول : « ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعمو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها . فيكون عليها هي وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ، وتحديد ما ينبغي على قاضي الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية في حق العاقدین كليهما توزيعاً للفرم بينهما . وقد رأينا أن القانون المدني الجديد قد سد هذا النقص ، وأتى بالتشريع الذي كانت محكمة النقض تتبنيه . ومهما يكن من أمر . فإن القضاء الوطني بقى ، في ظل القانون القديم ، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة . فقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه ليس للمحاكم في مصر أن تأخذ بنظرية الطوارئ ، بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هي وتفسيرها ، لا إدخال أى تعديل في الشروط المتفق عليها بين الطرفين (٢) . وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى ، فقضت بأنه « ليس في أحكام القانون المدني (القديم) ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد ، بل إن هذا منافي للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين . ولئن كان هذا القانون في المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضي في أحوال استثنائية أن يأذن في الوفاء

(١) حض مدني في ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ بوعدة عمر ١ رقم ٣٢ من ٥٢ .

(٢) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ الجلسة ٢٢ رقم ٢٣٨ من ٦٨٣ .

على أنقضاء أو بعبارة أخرى إذا لم يترتب على ذلك ضرر لجسم لرب الدين ، وأجاز له في المادة ١٤٤ أن يتطرق في أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب ما يستصوبه ، فهذا وذلك استثناء من الأصل كان لابد لتقريره من النص عليه . ثم إن ما كان من الشارع المصري إبان الحرب العالمية الأولى وفي أعقابها وفي أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة يوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل في عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية — ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارئ ، فيتدخل فيها شاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب ، ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداء هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق القانون كما هو . وعلى ذلك فالحكم الذي يرفض القضاء بفسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام الماقد صعباً عليه مرهقاً له ، لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون (١) .

٤١٨ — مذهب القانون العام : على أن نظرية الحوادث الطارئة

إذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص ، فقد ازدهرت في القانون العام . بدأت في القانون الدولي العام شرطاً ضمنياً مفروضاً في المعاهدات الدولية ، فهي تنقضي بتغير الظروف (rebus sic stantibus) ، على ما هو معروف في هذا القانون . ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري . وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافقت مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بها في قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً في سنة ١٩١٥ . ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل المقدار بما يتناسب مع السعر الجديد (٢) . ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى (٣) .

(١) قضى مدق في ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ من ٤٣٥ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ يونيو سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ — ٣ — ١٧ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسي في ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ — ٣ — ٢ — وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ٢ — ٢٣ — وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ٣ — ١٠٨ .

وقد أخذ القضاء الإدارى - دون القضاء المدنى - بنظرية الحوادث الطارئة
لسببين :

(السبب الأول) أن الأفضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام . ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة . فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التى أشرنا إليها ، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور ، إذ هى تقوم بمرفق عام ، فلا يجوز أخذها بالعت ولا أقطت ، وقامى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولاً على حكم الحوادث الطارئة . أما القضاء المدنى فالكثرة الغالبة من أفضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة : فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة .

(والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدنى . فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف . أما القضاء المدنى فمقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا فى كثير من الجهد والمداورة . وهو يعرف القوة القاهرة ، ويعرف أن أهم شرط لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل . فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة القوة القاهرة ، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرنق ، ويجعل لكل منزلة حكمها . وحتى إذا كان هذا القضاء المدنى يختص بالنظر فى أفضية إدارية - كما كانت الحال فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة ، بل كما هى الحال الآن إذ القضاء المدنى فى مصر لا يزال مختصاً بالنظر فى أفضية إدارية مشتركاً فى ذلك مع مجلس الدولة - فإنه يزع إلى تطبيق نصوص القانون المدنى على هذه الأفضية الإدارية . وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية فى قضية توريد الأذرة إلى مصلحة الحدود وهى القضية التى سبقت الإشارة إليها . فقد كان من حق محكمة النقض بل من واجبها - والقضية التى تنظرها قضية إدارية -

أن تسير وراء مجلس الدولة في فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . ولكننا سارت وراء محكمة النقض الفرنسية فلم تأخذ بها . وقد جد في مصر ، لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، أمران : (أولهما) إنشاء القضاء الإداري ، وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدني . (والثاني) ظهور القانون المدني الجديد ، وقد وجد فيه القضاء المدني ذاته النص الذي كان يتلمسه للأخذ بالنظرية .

٤١٩ - ظهورها أمبراً في القانون الخاص : ومن ثم أخذت نظرية الحوادث الطارئة تنعش في السنين الأخيرة ، حتى في دائرة القانون الخاص . فبدأت تظهر في التقنيات الحديثة . ظهرت في قانون الالتزامات البولوني ، ثم في القانون المدني الإيطالي الجديد ، ثم في القانون المدني المصري الجديد (١) . أما قانون الالتزامات البولوني فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص في المادة ٢٦٩ على ما يأتي : «إذا جددت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محولاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد ، جاز للمحكمة ، إذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقاً لمبادئ حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضي بفسخ العقد» . ثم تلى قانون الالتزامات البولوني القانون المدني الإيطالي الجديد ، فنص في المادة ١٤٦٧ على ما يأتي : «في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد . والمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة» .

(١) أنظر في هذه النظرية في القانون الإنجليزي مقالا للأستاذ لين أولسان في حويلات القانون التجارى سنة ١٩٢١ ص ٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص ٤١ - ورسالة الدكتور حمد زك (بلشا) في نظرية الحوادث الثلاثة في القانون الإنجليزي طبرس سنة ١٩٣٠ .

وثالث التقنيات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو القانون المدني المصري الجديد . وقد مر بنا النص الذي وضعه لهذه النظرية في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ .

ونرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنيات الحديثة . وأن ثلاثة من أحدث هذه التقنيات أوردت نصاً عاماً يقررها (١) .

ب - نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد

٤٢٠- **شروط تطبيق النظرية :** لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة ، نبسطها فيما يلي . ولم يأخذ القانون المدني الجديد بالشرط الأول منها : (أولاً) أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراحياً : ذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد - وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية - يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه . على أن العقد إذا كان غير متراح - وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية . ولهذا أثر القانون المصري - مقتدياً في ذلك بالقانون البولوني - أن يسكت عن شرط

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « وقد استحدثت المشروع ... حكماً بالغ الأهمية ، إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء تعديل العقود . وقد باذر القضاء الإداري في فرنسا إلى قبول هذا البعد ، ومضى في هذا السبيل قسماً عالياً في ذلك ما جرى عليه القضاء المدني . ولا طرأ الأمر على محكمة النقض المصرية اختلعت مذهب القضاء المدني في فرنسا ، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارئ غير المتوقعة ، وألفت في هذه المناسبة حكماً أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأي . وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولوني (٢٦٩م) فيما أورد من أحكام تشريعية في هذا الشأن ، إلا أنه قدم على هذا التقنين من تاحيتين : (١) نيرامي من ناحية أنه رسم في وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود . وفي الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التام الذي على حد تغير المشروع مرفقاً يتجاوز حدود السمة دون أن يكون مستجيلاً ، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الاستعانة . (ب) ويرامى من ناحية أخرى أنه فتح في تعديده الحالات غير المتوقعة موضع ضابط للتوجيه ، دون أن يورد أمثلة تطبيقية ضمنية الصفة ، إذ جمع بين الحرب والوباء ، وبين هلاك المحصول بأسره ، في بطن ما ساق من تصنيفات ، غلط بذلك بين الله والمخلوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٨٠) .

التراخي فهو شرط غالب ، لا شرط ضرورى . أما القانون الإيطالى فقد نص على الشرط ، بل عدد أنواع العقود التى تطبق فيها النظرية ، فهى العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الدورى (وهذه هى العقود الزمنية التى مر ذكرها) والعقود ذات التنفيذ المؤجل . وتجتمع هذه العقود فى أن هناك فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه ، فهى عقود متراخية^(١)

(ثانياً) أن نجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة . مثل ذلك زلزال ، أو حرب ، أو إضراب مفاجئ ، أو قيام تعبئة رسمية ، أو إلغائها ، أو ارتفاع باهظ فى الأسعار ، أو نزول فاحش فيها ، أو استيلاء إدارى ، أو وباء ينتشر ، أو جراد يزحف أسراباً . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية ينتر وقوعها . ولم يأت النص المصرى بأمثلة ، تاركاً ذلك للفقه والعمل . وكذلك فعل القانون الإيطالى . أما القانون البولونى فقد مثل للحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية ، كما فعل القانونان البولونى والإيطالى . ولكن لجنة المراجعة ، رغبة منها فى تضيق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد ، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة . والمراد بإضافة هذا الوصف — كما قيل فى اللجنة — أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس ، كفيضان عال غير متظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض ، أو غارة غير متطرة للجراد ، أو انتشار وباء^(٢) . ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين — كإفلاسه أو موته أو اضطراب

(١) أنظر الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٣ — ص ١٦٦ — بلبول وريبير وإسمان ١قرة ٣٩٧ ص ٥٥٥ — هذا ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود الخسارة فى البورصة لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير (بلبول وريبير وإسمان ١قرة ٣٩٧ ص ٥٥٦) .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٨٢ .

أعماله أو حريق محموله - لا تكفى لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١).

(ثالثاً) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسخ توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، فقيضان النبل (إلا إذا كان قيضاً استثنائياً) ، واختلاف سعر العملة (٢) ، وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث في الوسخ توقعها (٣) . ويضرب على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه ، فإن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع .

(رابعاً) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً : وهنا نرى الفرق بين الحوادث الطارئة والقوة القاهرة . فهما إذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارئ فيجمل التنفيذ مرهقاً فحسب . ويترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر . إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام يقضى فلا يتحمل المدين ثبوت عدم تنفيذه (٤) ، أما الحادث الطارئ فلا يقضى الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول فتتوزع

(١) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد قلناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أنظر آخفاً فقرة ٤١٤ في المائتين - وأنظر مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤) .

(٢) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من القانون الجديد بأنه إذا كان على الالتزام هوذا ، التزم المدين بحد عندما المذكور في العقد ، دون أن يكون لأرضاع قيمة التفرّد أو لأغنائها وقت الوفاء أى أثر .

(٣) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد قلناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ ، وقد قيل في هذه اللجنة وفي لجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع ، أما القيضان المال غير المتغير أو ظلة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس في الوسخ توقعها (أنظر آخفاً فقرة ٤١٤ في المائتين - وأنظر مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤) .

(٤) ولكن إذا كان العقد ملوماً للجانبين ، فالمدين الذي انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بجهة هجرة يتحمل الثبوت في صورة أخرى ، فهو إذا لم يتحمل ثبوت عدم تنفيذه التزمه ، إلا أن العقد يفسخ ، فيسقط الالتزام المقابل الذي كان فيه هذا المدين حائماً ، فيتحمل المدين النجبة من هذه الجهة . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الفسخ .

الخسارة بين المدين والمدين ويتحمل المدين شيئاً من نية الحادث (١) .

والإرهاق الذى يلحق فيه المدين من جراء الحادث الطارىء معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فإيكون مرهقاً للمدين قد لا يكون مرهقاً للمدين آخر . وما يكون مرهقاً للمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالتسارعة المألوفة في التعامل لا تكفى ، فإن التعامل مكسب وخسارة .

ولإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا الصفقة التى أبرم فى شأنها العقد . فلو أن المدين تهدده خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته . نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة ، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التى أصبحت مرهقة ، فتسبب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتسلق قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه ، فلحكومة أيضاً أن تتسلق قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التى عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة فى ذاتها ، ولا يستد بان الحكومة لا يرحقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هى شئ هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة . بل إن الإرهاق لا يقتضى حتى لو كان للمدين قد أسفته ظروف موافقة لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها . فإذا ألزم تاجر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وما كانت نظرية الطوارئ غير التوفيق نظرية حديثة النشأة ، أسفر الطور عن إعطائها إلى جانب النظرية التقليدية القوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه الفرق بين الظرفين . فالطوارئ غير المتوقع تغطيه مع القوة القاهرة فكرة القليابة والمهم . ولكنه يفرق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجبل هذا التخذ مستجيلاً ، بل يجهده مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستعانة . ويحتاج ذلك قيام طرف آخر يصل بالجزء . فالقوة القاهرة تخصى إلى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يحصل المدين تبعاً كاملة . أما الطوارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المقرر ، وبذلك ينظم المدين والمدين تبعاً » (مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٢٨١) .

بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ. أضفاً مضاعفة ، جاز له أن يتسلك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للباقي به . ومن ثم نرى أن الإرهاق مياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المقودة ، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين (١) .

٤٢١- الجزء في نظرية الظروف الطارئة : إذا توافرت الشروط المتضمنة الذكر ، وجاز للقاضي تباعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرحق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (٢) . وكان المشروع النهائي للقانون الجديد ينص على أن القاضي ويتقصص الالتزام المرحق إلى الحد المعقول . ولما كان الإنقاص لم يقصد به الإنقاص المادي وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، فقد رأت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، توجهاً للبقية في محرى هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائي ، فيصبح على القاضي أن يرد الالتزام المرحق إلى الحد المعقول (٣) . وهذا التعديل قد أزال كل شك في أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه . فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرحق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرحق .

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير (٤) . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً

(١) أنظر في هذا المعنى بلانول وروبير وإسبان ١ فقرة ٢٩٧ ص ٥٥٦ .

(٢) منه في البقرة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني الجديد .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٨٤ - ٢٨٦ - أنظر أيضاً آخراً مرة

٤١٤ (ق الملتقى) .

(٤) بلانول وروبير وإسبان ١ فقرة ٣٩٦ .

ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب افتتاح باب الاستيراد ، فيقف القاضى التزام المكاوول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المكاوول من القيام بالتزامه دون إلهاق ، إذا لم يكن فى هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى (١) .

وقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرفق . وقد ضرب لذلك مثل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ : « تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب ، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات ، فيرفع القاضى السعر الوارد فى العقد (٢) » . ولكن يلاحظ هنا أمران : (الأمر الأول) أن القاضى لا يرفع السعر الوارد فى العقد إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان فى ذلك تحميل للطرف الآخر ، ليس فحسب تبعه الارتفاع القاضى للأسعار بأكمله ، بل أيضاً تبعه الارتفاع المألوف . والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحمله المدين ، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف . فإذا فرضنا فى المثل الذى نحن بصدده أن الارتفاع المألوف فى سعر الشعير هو عشرون قرشاً ، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر . وما زاد على ذلك - ويبلغ فى مثلنا ثلثمائة وعشرين قرشاً - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضى بين المتعاقدين ، حتى يتحمل كل منهما نصيبه فى الخسارة غير المتوقعة ، فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً . ويرفع القاضى السعر ، ومقداره ستون ، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون ، فيصل إلى مائتين وعشرين . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلاً من السعر المتفق عليه . (والأمر الثانى) أن القاضى عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين ، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر ، بل يجبره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد . فإذا اختار التفسخ كان هذا أصلح للمدين ، إذ يرتفع عن عاقبه كل أثر للحادث الطارىء .

(١) قرب من ذلك نظرة الليسرة للتصوم عليها فى المادة ٣٤٦قرة ثانية .

(٢) مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٢٨٥ .

وقد يرى القاضى إقصاء الالتزام المرنق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسيرة الرسمية . ثم يقل المتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طوارئ : حرب تمت استيراد السكر . أو إغلاق بعض مصانع السكر ، أو نحو ذلك . فيصبح من الصير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها . فيجوز فى هذه الحالة للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذى يراه ، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المقبول . فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر ، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين . فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تمريضاً طبقاً للقواعد العامة . ويجوز له كذلك ، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل ، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض .

ويلاحظ فى حالتى إقصاء الالتزام المرنق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المقبول إلا بالنسبة إلى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف . فقد يزول أثر الحادث الطارئ ، فيرجع التعديل ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل (١) .

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرنق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد . ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن يرد الالتزام المرنق إلى الحد المقبول . فالالتزام المرنق يبقى ولا ينقضى ، ولكن يرد إلى الحد المقبول . فتتوزع بذلك تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) . أما القانون البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك ، كما يبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها . ويعالج القانون الإيطالى المسألة بطريقة أخرى . فهو يقضى - كما

(١) بلاتول وريبير وإسان ١ قرة ٣٩٦ م ٥٥٨ .

(٢) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ « إن أساس النظرية هو فسخية من الجانبين ، وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يحصل كل منهما شيئاً من الحارة ، لا أن يحصلها أحدهما بإبطال العقد » (مجموعة الأعمال القضائية ٢ م ٢٨٤ - وأنظر أيضاً قرة ٤١٤ فى الملتقى) .

وأبنا من نص المادة ١٤٦٧ من هذا القانون - يفسخ العقد لمصلحة المدين المرحق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق في أن يدعى طلب التمسح بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة . وقد أراد القانون الإيطالي بالطريقة التي اختارها أن يجعل تعديل العقد من عمل المتعاقد لا من عمل القاضي ، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد (١).

ويبقى أن نلاحظ في شأن الجزاء الذي قرره القانون المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة أمرين: (١) هو أنه مع مرونة يعتبر من النظام العام . فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقا مقدماً على ما يتخلفه . وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال . «ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢) . أن مهمة

(١) والجزاء الذي جبه القانون المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة - وهو رد الالتزام المرحق إلى المد المقول - هو كما نراه جزاء من يصر على القاضي أن يبالغ كل حال بحسب ظروفها الخاصة مع الموازنة بين مصلحة الطرفين . ولم يجعل القانون معيار النظرية ذاتياً بل جبه معياراً موضوعياً بعيد من تحكم القاضي . وفي هذا قول المذكرة الإيضاحية للدروع التمهيدى : «ولما كانت نظرية الطوارئ غير التوفيق لتسبب لمصلحة متعاضداً ، فهي تستهدف لتعد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضي . بيد أن للدروع قد جبه في أن يحل لها نصاً من الاستمرار ، فأضفى عليها صفة ملزمة تجعل أهما في تعديل الطارئ غير التوفيق وفي أعمال الجزاء التي يترتب على قيامه . فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء يقدمه قديراً ذاتياً أو شخصياً ، كما فعل القانون البولوني في نصه على إثبات خيار المحكمة في هذا الصدد إذا رأت ضرورة ذلك» على اتخاذ الدروع من عبارة «ين اقتضت العدالة ذلك» ، (وقد استعمل بها في لجنة المراجعة عبارة «تألف الظروف» وهي لا تقل في الموضوعية) بدلاً من هذا النص . وهي عبارة تحمل في تأملها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي النزعة . فضلاً عن ذلك فإننا نثبت القاضي من قيام الطارئ غير التوفيق ، وعمد إلى أعمال الجزاء بإعفاء الالتزام الذي أصبح يجاوز الوجه ، فهو يقص منه إلى «المد المقول» ، وهذا قيد آخر ملحق بالصحة لا يتعلق بالتعين البولوني» (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٨٠ - ٢٨١) .

(٢) وقد اقترحت هذه الإضافة في لجنة المراجعة ، وروعي في إثباتها أن الجزاء قد يضمن سورياً لاقية له إذا سمح للمتعاقد أن يتفقا مقدماً على ما يتخلفه ، فيستطيع المتعاقد المرحق أن يعل شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف ، وهنا ضرب من الإذعان تخالفه القانون الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٢٨٢) . ولما كان القانون الجديد قد أباح الاختلاف على أن يجعل المدين تبة القوة القاهرة (م ٢١٧ فقرة أول) ولم يبيح الاختلاف على أن يجعل المدين تبة الحادث الطارئ . وهو أقل خطراً من القوة القاهرة ، فذلك لأن الاختلاف على تحمل المدين تبة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً ، أما الاختلاف على تحمل المدين تبة الحادث الطارئ . فقلعة قد تهون حاله الاضطراب الإكراه عليها . =

القاضي في توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة . فهو لا يقتصر على تفسير العقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله (١) .

٤٢٢ - تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة في القانون الجديد :

ولم يقتصر القانون الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة ، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية في حالات خاصة .

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما القانون الجديد ، بل كان القانون القديم يشتمل عليهما ، نص في نظرة المبصرة (٢) ، والآخر في جواز تخفيض أجر الوكيل (٣) .

واستحدث القانون الجديد نصوصاً أخرى ، سبقت الإشارة إليها ، وهي تطبيقات صريحة لنظرية الظروف الطارئة . من ذلك ما نراه في عقد الإيجار (٤) ،

== هذا ويجوز للدين المرحق ، بعد وقوع الحادث الطارىء ، أن يفتق مع دائته على ما يخالف هذا الجزاء ، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على الدين . فيجوز للدين إذن أن ينزل من حقه في التمسك بالحادث الطارىء ، وأن يدفع الزامه كاملاً غير منقوص . (١) وفي هذا تحول المذكورة الإيضاحية للمشروع بمسمى : « ورامى أخيراً أن تطبق نظرية الطوارئ » غير الثقة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضي من حدود المألوف في رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير العقائد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله . . (مجموعة الأعمال التوضيحية ص ٢٨٢) .

(٢) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يحسم نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل مقبول أو آجال ينفذ فيها الزامه » ، إذا استدعت حاله ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم . وهذا النص قد يكون في بعض صورته تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا وقع القاضي بتعذيب العقد لحادث طارىء ، وقد مررت الإشارة إلى ذلك .

(٣) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « إذا اثنى على أجر الوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي » . وهنا أيضاً قد يكون هذا النص في بعض صورته تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا جدد بعد إبرام الوكالة حادث طارىء يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته .

(٤) تنص المادة ٦٠٨ من القانون الجديد على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لسكن من المتأجرين أن يطلب إنهاء العقد قبل انتهاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تعجل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سيره مراعياً ، على أن يرضى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبه بالإخلاء المبينة بالمادة ٦٣ ، وعلى أن يرضى الطرف الآخر تعويضاً عادلاً » . وتنص المادة ٦٠٩ على أنه « يجوز للطرف أو المستفيد إذا ==

وفي عقد القاول (١) ، وفي حق الارتفاق (٢) .

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للنصوص التشريعية التي وردت في شأنها ، حتى لو خرجت هذه النصوص على القواعد المقررة في نظرية الظروف الطارئة . من ذلك أنه لا يشترط في أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارئ حادثاً عاماً ، بل يجوز أن يكون حادثاً شخصياً . ومن ذلك أيضاً أن الجزء في أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ العقد .

٤٢٣ - سريله الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من ميثاق مرملة : وقد رأينا فيها قنمناه أن القانون القديم لم يكن يشتمل على نص في نظرية الحوادث

== انتهى عمله أن يبرر على أنه أن يطلب إتمامه . إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار من المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ويضع بخلاف كل اتفاق على غير ذلك . . وتنس المادة ٦٠١ على أنه « إذا مات السائر جاز لورثته أن يطلبوا إتمام العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موثرهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مولودهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد الفسخ بالإتلاف المبينة في المادة ٥٦٣ . وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدّة ستة أشهر على الأكثر من موت السائر . » . أنظر أيضاً م ١٦٦ فقرة ٢ في إيجار الأراضي الزراعية — ويلاحظ أن الحوادث الطارئة في هذه الحالات جميعاً هي حوادث شخصية لا عامة .

(١) تنس المادة ٦٥٨ فقرة ٤ من القانون الجديد على أنه « إذا انتهت التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب المنزل والقاول بسبب حوادث استثنائية طعم لم تكن في الحسبان وقت الصاعد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد القاول ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » — ويلاحظ هنا أن الحادث الطارئ هو حادث استثنائي طعم ، كما خضع بذلك نظرية الحوادث الطارئة ، ولكن التنس أجاز للقاضي فسخ العقد على خلاف ما خضع به هذه النظرية .

(٢) تنس المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « إذا كان الوسم الذي عين أصلاً (لاستعمال حق الارتفاق) قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرغى به ، فذلك مما يستلزم أن يطلب قائل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر ملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لملك العقار المرغى به بقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق » . وتنس المادة ١٠٢٩ على أن « ملك العقار المرغى به أن يحرر من الارتفاق كله أو بضعه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرغى به أو لم يبق له غير قائمة بمجموعة لا تتناسب ألبنة مع الأعباء الواقعة على العقار المرغى به » . أنظر أيضاً للمادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥ - وهنا الحادث الطارئ هو حادث شخصي لا حادث طعم .

الطارئة ، وأن القانون الجديد هو الذى استحدث هذا النص . ولما كان النص جديداً . وجب البحث عن مدى سريانه من حيث الزمان لأهمية ذلك من الناحية العملية . ونميز في هذا الصدد بين أحوال ثلاث :

الحالة الأولى - عقد أبرم وينتهى تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) : لا شك في أن القانون القديم هو الذى يسرى على هذا العقد ، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنه ، وهذا ما كان القضاء يجرى عليه في ظل القانون القديم .

الحالة الثانية - عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد : لا شك هنا أيضاً في أن القانون الجديد هو الذى يسرى ، وتطبق في شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذى فصلناه .

الحالة الثالثة - عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد وترأخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا القانون : كانت قاعدة استمرار القانون القديم (*survie de la loi ancienne*) تقضى بسريان القانون القديم على هذا العقد ، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١) . ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا ، فإنها تسرى بأثر فوري (*effet immédiat*) على وقائع التنفيذ التى تستلعب نفاذ القانون الجديد ، ولا تسرى بأثر رجعى (*effet rétro-* *actif*) على وقائع التنفيذ التى تمت قبل نفاذ هذا القانون (٢) .

(١) والأصل أن العقد يحكمه القانون الذى انعقد في ظله ، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث انحلاله ، حتى أنه لو تكون العقد في ظل قانون معين ، ثم أصبح أثره أو بعضه في ظل قانون آخر ، ف القانون القديم هو القانون الأول ، ويستبد القانون الجديد في تطبيقه الرجعى (*rétroactif*) وفي تطبيقه الفوري (*immédiate*) على الرجاء (أنظر روبييه (Roubinié) في تنازع القوانين من حيث الزمان ١ ص ٥٦٥ - وأنظر في سريان التصريح الجديد على العقود الزمنية أو عقود المدة رسالة الدكتور عبد الحمى جبرى في عقد المدة ص ١٤٣ - ص ١٤٤) .

(٢) القاعدة أنه إذا كان القانون الجديد محترماً من النظام العام ، طبق بأثر فوري - لا بأثر رجعى - على الحوادث التى تسبق من وقت سريان هذا القانون . مثل ذلك أن يمدل قانون جديد من الشرع الاتحاق القائمة ، فيسرى الشرع الجديد حتى على العقود التى أبرمت قبل سريان القانون الجديد ، ولكن بالنسبة إلى القوائد التى تنصق منذ سريان هذا القانون . أما القوائد التى استحدثت قبل ذلك ، فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر رجعى (أنظر هنا على المذكورة الإيضاحية للمصروع التيمى في صدد تخفيض الشرع الاتحاق من -

المبحث الثاني

المسئولية العقدية (جزء العقد) (*)

(La Responsabilité Contractuelle)

٤٢٤ — نطاق المسئولية العقدية^(١) : المسئولية العقدية تقابل المسئولية

التقصيرية . فالأولى جزء العقد ، والثانية جزء العمل غير المشروع . وبيننا هنا المسئولية العقدية ، أما المسئولية التقصيرية فتكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كمصدر للالتزام .

٠.٨ / ٠.٧ : مجموعة الأعمال التقصيرية ٢ ص ٥٨٤ — وأظهر عكس ذلك محكمة التضامرية في ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٧ جازيت دي باليه في ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم في رسالة الدكتور عبد الحى حجازي ص ١٤٧ .

(*) ينس للراجع : ملزو في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية — سائتيه في المسئولية

المدنية — بيشكاز (ملحق بودري) جزء ٢ — ديموج في الالتزامات جزء ٦ — بلانول وريير وإسمان جزء ١ — بنوايه مذكرات قسم الدكتوراه — هنري ملزو مذكرات قسم الدكتوراه — جرانتولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ — مينييه (Meynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — فان رن (Van Ryn) رسالة من بروكل سنة ١٩٢٢ —

ماري مادلين ديفور (Marie - Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — رينوك (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — أميو (Amiot) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ — رايت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ — ليفير (Lefebvre) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ — إميل بيكيه (Emile Becque) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٤ ص ٢٥١ — ص ٢٢٠ —

كروزيل (Crouzel) مقال في المجلة العامة سنة ١٩٢٦ ص ١١ و ٦٥ — هنري ملزو مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٥٥١ — إسحاق مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٣ ص ٦٢٧ وما بعدها — غني (Vigny) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٤٢ وما بعدها — بيندكس (Beindix) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ٦٥٧ — جاردنيا (Gardenas) تطبيق في الأسبوع القانوني (Sem. Jur.) ١٩٣٩ — ١ — ١٠٢ — توك (Tunc) مقال في مجلة

القانون المدني الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ٢٣٥ وما بعدها — صليب ساي بلشا مقال في المجلة سنة ١٢ عدد ٩ — نصيف زكي بك مقال في المجلة سنة ١٣ عدد ٢ — نظرية العقد للوقت فقرة ٨٤٨ وما بعدها — الدكتور حلي بهجت بدوي بك فقرة ٧٨٦ وما بعدها — الدكتور احمد حننت أبو سنين بك فقرة ٢٦١ وما بعدها .

(١) ساعد بالتفصيل مقال المسئولية العقدية عند مناقشتها بالمسئولية التقصيرية (أنظر مايلي فقرة ٥١٣) .

وقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يحم المدين بتنفيذه . ففي هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ : وينفذ الالتزام جبراً على المدين . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ : ويجبر المدين بعد إخلاله طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً . فإذا أمكن التنفيذ العيني - وطلبه الدائن - أجبر المدين عليه . ولعل هنا لا تقوم المسؤولية العقدية ، إذ نحن - صدد التنفيذ العيني للالتزام لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني - أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده لتنفيذه العيني - ففي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وهنا تقوم المسؤولية العقدية . فالدائن يطالب المدين بالتعويض . فهل القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذه التزامه العقدي . ونجيب المادة ٢١٥ - وهي نص جوهري في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التصيرية ومن ثم وضعت في الباب المقود لآثار الالتزام - بأنه وإذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . فما هي إذن الأركان التي تقوم عليها المسؤولية العقدية ؟ وما هي الآثار التي ترتب عليها إذا قامت أركانها ؟ هذه هي في إيجاز المسائل التي تشتمل عليها المسؤولية العقدية .

وبتين مما تقدم أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي (١) . وهي أيضاً لا تحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبي . وإنما تحقق المسؤولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبي .

٤٢٥ - تشقت مسائل المسؤولية العقرية - خطة البحث : ومسائل

المسؤولية العقدية على النحر الذي بسلطانه موزعة في أمكنة متفرقة ونحن نلم شتاتها هنا . ولكنا مع ذلك نترك الكلام في التمييز بينها وبين المسؤولية

(١) ويرتبط على ذلك ألا قيام المسؤولية العقدية إذا كان عمل الالتزام العقدي هو دفع ميع من الثروة ، والتنفيذ العيني هنا ممكن دائماً ، ولا عمل المسؤولية العقدية (بالبول وجع وبولانيه ٢ فقرة ١٦٥٧) .

التقصيرية . وهل تتمدد المسئولتان ، وهل تجوز الحيرة بينهما إذا تعددتا ، إلى باب العمل غير المشروع . ونترك كذلك الكلام في تقدير التعويض تقديرًا قضائيًا أو اتفاقياً أو قانونياً ، وما يسبق استحقاق التعويض من إعتبار . إلى الجزء الذي نتناول فيه الكلام في آثار الالتزام (١) .

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسئولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا . ولكنا - توخياً للإيجاز - سندمج آثار المسئولية العقدية في أركانها . على خلاف الخطة التي سنبناها في المسئولية التقصيرية إذ يقتضى المقام هناك الإسهاب والتبسط .

وأركان المسئولية العقدية - كأركان المسئولية التقصيرية - ثلاثة: (١) الخطأ العقدي . (٢) الضرر . (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ونبحثها الآن ركناً ركناً .

المطلب الأول

الخطأ العقدي

(La faute contractuelle)

٤٢٦ - مسائل محوثة : الأصل أن يكون المدين مسئولاً عن خطأه الشخصي . ولكنه قد يكون مسئولاً عن عمل الغير أو عن الأشياء التي في حراسته ، كما هو الأمر في المسئولية التقصيرية . وقد تعدل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

فنحن نبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) الخطأ العقدي في مسئولية المدين عن عمله الشخصي . (٢) المسئولية عن الغير أو عن الأشياء . (٣) تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

(٢) ونبه إلى أن كثيراً من أحكام المسئولية التقصيرية تنسرى على المسئولية العقدية . نستطيع أن نقرر بوجه عام أن كل ما سيقال في المسئولية التقصيرية ينطبق على المسئولية العقدية إلا إذا تطرأ مع القواعد الخاصة التي تفرقها في المسئولية العقدية . من المسائل التي تتحد فيها أحكام مدين التعيين من المسئولية : علاقة السببية والسبب الأجنبي - السبب المتعج والسبب اللاتر - دعوى المسئولية - تحديد الضرر - التأمين من المسئولية إلخ إلخ .

١٥ - الخطأ العقدي في مسئولية المدين عن عمله الشخصي

٤٢٧ - ماهر الخطأ العقدي : نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد . فالمدين قد التزم بالعقد . فيجب عليه تنفيذ التزامه . والنصوص كثيرة في هذا المعنى . تقول المادة ١٤٧قرة أولى : « العقد شريعة المتعاقدين » . وتقول المادة ١٤٨ ققرة أولى : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه » . وتقول المادة ١٩٩ ققرة أولى : « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » . وتقول المادة ٢٠٣ ققرة أولى : « يجبر المدين بعد إعنائه طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » . وتقول المادة ٢١٥ : « إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه » .

فلذا لم يرق المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي . ويستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عهده ، أو عن إهماله ، أو عن ضله (أى دون عمد أو إهمال) . بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدي ، فإن علاقة السببية - وهى ركن في المسئولية العقدية - تنعدم ، ولا تتحقق المسئولية على ما سئرى . وعلى هذا الوجه ينبغي فهم المادة ٣٧٣ ، وهى تنص على أنه « وينتفى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » . فانتفاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عيناً ولعدم تحقق المسئولية العقدية بانعدام أحد أركانها .

وبين مما قلناه أن الخطأ العقدي ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد ، أيا كان السبب في ذلك .

٤٢٨ - نوعاه من الالتزامات : الالتزام بحقيق غاية والالتزام

ببذل غاية : ولكن يجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات . فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هى عمل الالتزام .

فالالتزام ينقل حق عيني - أيًا كان محل الحق - والالتزام بعمل معين - تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك - والالتزام بالامتناع عن مل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة، هي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل، فتفنيها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية. فإذا لم تتحقق الغاية - أيًا كان السبب في ذلك - بقي الالتزام غير منفذ. وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في التقمقفرنسى بعبارة (obligation de résultat)، ونسبه نحن «الالتزام بتحقيق غاية».

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق الغرض أو لم يتحقق. فهو إذن التزام بعمل، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته. والمهم فيه أن يبذل المدين لتفنيها مقداراً معيناً من العناية. والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق. ففي بذل المدين العناية المطلوبة منه، يكون قد نفذ التزامه، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود. فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة أولى). وعلى المستير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة أولى). وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠). وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤). وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام في عمومها، فنصت على ما يأتي:

١ - في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدائه أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن

المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولولم يتحقق الغرض المقصود . هنا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ - وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم (١) . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ - فى الالتزام بسل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود - ٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله فى شؤونته الخاصة ، من تين من الظروف أن المصالحين قصداً ذلك . وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم . وفى لجنة المراجعة أضيفت العبارة الآتية فى آخر الفقرة الأولى : « هنا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » ، وحذف صدر الفقرة التالية اكفاء بهذه الإضافة ، وأدخلت بنى تحويرات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما ورد فى قانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٧ فى المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ٢١١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٣١ - ص ٥٣٤) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « رد المادة ٢٨٨ صور الالتزام بسل إلى طائفتين جليتين . تختص أولاً ما يوجب على المزم المحافظة على الشيء . أو إدارته أو يتوخى الحيلة فى تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة أخرى ما يصل الإلزام فيه بسلوك المزم وعنايته . أما الثانية فيدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل كالالتزام بإصلاح آلة . وتقتصر المادة ٢٨٨ على حكم الطاقة الأولى ، فتحدد مدى العناية التى يتعين على المدين أن يبذلها فى تنفيذ الالتزام . والأصل فى هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المعتاد ، فهى بهذه العناية وسط بين المراتب ، ينال بالظروف فى عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة . وعلى هذا النحو يكون ميار التقدير مياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أيا كان مبلغ قصده أو اعتدله أو تساهله فى العناية بشؤون نفسه . على أن تية المصالحين قد تصرف إلى المدول عن هذا الميار العام المجرد إلى ميار خاص سين . ومن ذلك ما يقع فى الوكالة والوديعة غير المجبورة . فبالأ ما يستخلص من الظروف أن العناية التى يقصد اتخاذها من الوكيل أو الودع من عناية كل منهما بشؤونه الخاصة ، دون أن يتجاوز فى ذلك درجة العناية الوسطى . وعلى تينى ذلك يقصد فى غاية الاستعمال عادة إلى إلزام المدين - يذل ما يبذل من العناية فى شؤونته الخاصة ، على ألا يقتص فى ذلك من درجة العناية الوسطى . ومنى تهررت درجة العناية للرجب اتخاذها من المدين ، اعتبر كل تهمير فى يذله هذه العناية ، مهما يكن طفيفاً ، خطأ يربب مسئولية المدين . ومهما يكن من أمر فن السلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتى من غش أو خطأ جسيم ، سواء أ كان ميار العناية الواجبة مياراً عاماً مجرداً أم خاصاً معيناً (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٣٢ - ص ٥٣٣) .

بمارة (obligation de moyen) أو بعبارة (obligation générale de prudence et diligence) ونسبته نحن « الالتزام ببذل عناية (١) » .

فلذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ القسدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد ، وجب أن يتميز في هذا القصد بين هذين التعيين من الالتزام . فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ القسدى فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية (٢) . والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ القسدى فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة (٣) .

٤٢٩- إثبات الخطأ القسدى : والأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه (م. ٣٨٩) . ولكن مجال

(١) وهذا التمييز لا يتحصر على الالتزامات القسدية . فالالتزام بعدم الإضرار بالغير ، وهو التزام قانونى ، التزام ببذل عناية . والالتزام بعدم الإضرار على حساب الغير ، وهو أيضاً التزام قانونى ، التزام بنجاة .

(٢) أنظر ملزو ١ ، فقرة ٦٦٩ - ٧ والمواثيق والمراجع المشار إليها في هذه الفقرة . وعند ملزو يكون خطأ عقدياً في الالتزام بنجاة ألا يتخذ المدين التزامه عمداً أو بإهماله أو بجهل . فلا توجد منطقة بين الإهمال والسبب الأجنبي من انعدام الخطأ (absence de faute) ، وما لم يوجد سبب أجنبي فالخطأ القسدى فأم يخلط منطقة الإهمال ومنطقة انعدام الخطأ معاً . وما يقوله الأستاذان صحيح ، بل صحيح أيضاً أن الخطأ القسدى يكون دائماً حتى مع وجود السبب الأجنبي ، فالسبب الأجنبي لا ينفى الخطأ بل ينفى علاقة السببية كما هو معروف . (أنظر الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ٩٣ - ص ٩٦) - ويقول ملزو إن ميار الخطأ القسدى في الالتزام بتحقيق غاية هو بعبارة الخطأ التضمينى ، فعدم تحقيق الغاية المتفق عليها بعد انصرافاً عن سلوك المالكوف للرجل للفتاد ، وسرى أن هذا هو أيضاً ميار الخطأ التضمينى (ملزو ١ ، فقرة ٦٧٣ - ٧) .

(٣) وقد سجلت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية هذا المذهب في حكم حديث لها جاء فيه ما يأتى : « إن الخطأ في المسؤولية التقاعدية هو بعبارة واثمة الإخلال التى يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك طالما لم يثبت المقرم قيام السبب الخارجى الذى يدعى به . وفى هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هي كل ما يتعين على طالب التعويض إثباته ، وأنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذى يتعين عليه مسؤولية المقرم . أما ما يدعى به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بقبوله ، فإنه بالنسبة للالتزام بنجاة - ومنه كما هو مقرر فيها الالتزام بالنفس في عقد النقل بسلامة الراكب في أتماته - ينحصر في مجرد فعل الإخلال ذاته أى عدم تنفيذ ما التزم به المقرم ، دون نظر إلى ما قد يدعى بأنه قد بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التى تعهد بها ، لأن هذا إما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم نبوت الإخلال به على ما يبين من سلوك المقرم ومطابقتها بسلوك الرجل المرمى (استئناف إسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ الجلسة ٣٠ ولم ٢٧٦ ص ٥٠١) .

تطبيق هذه القاعدة يكون عند ما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً .
فعل الدائن في هذه الحالة أن يثبت مصدر الالتزام (العقد مثلاً) ، فإذا ادعى
المدين أنه تفرغه فعليه هو أن يثبت ذلك ، وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني .
أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف : الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ
الالتزام عيناً ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذي
يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض . فعلى الدائن
إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه (١) . فإذا أثبت ذلك كان هذا
إثباتاً للخطأ العقدي على النحو الذي أسلفناه . ولما كان على الدائن أيضاً أن
يثبت الضرر ، وكانت علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر مفروضة كما سنرى ،
فإن الدائن متى أثبت عدم تنفيذ الالتزام وأثبت الضرر الذي أصابه يكون
قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات ، فاستحق التعويض ، وهنا ما لم
ينف المدين السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبي .

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

ففي الالتزام بغاية ، كالالتزام بالبيع بنقل ملكية المبيع ، يثبت الدائن -
وهو هنا المشتري - عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه . فيثبت بذلك
في جانب البائع خطأ عقدياً ، لا يستطيع هذا أن يفي به بإثبات أنه بذل كل ما في
وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع ، لأنه ملزم بتحقيق غاية .
وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية ، وإلا فالخطأ
ثابت في جانبه ومسئوليته العقدية متحققة . ولا نقول هنا - كما كان يقال
عادة - إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يحمل الخطأ العقدي مفروضاً في جانبه ،
بل نقول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدي ، وقد أثبت الدائن ،
فليس هو بالخطأ المفروض في جانب المدين ، بل هو خطأ ثابت (٢) . وللبائع ،
عند ما يثبت المشتري عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشتري يثبت
الخطأ العقدي على النحو الذي بيناه ، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام
 بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل لإدخال المطالبة بالتعويض ،
فنخرج بذلك من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني .

(١) ملزوم ١ قرة ٦٦٤ والراجع للمعار إليها في هذه القرة .

(٢) ملزوم ١ قرة ٦٦٢ - ٢ ص ٦٦٩ - ص ٦٢٠ .

وفي الالتزام بعناية ، كالإزام الطيب بعلاج المريض^(١) ، يثبت المريض أن الطيب التزم بعلاجه وهذا هو العقد الصريح أو الضمني - ويثبت إلى جانب ذلك أن الطيب لم ينفذ التزامه فلم يندل في علاجه العناية المطلوبة ، بأن يثبت على الطيب إهمالا معينا أو انحرافا عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتا لخطأ الطيب العقدي . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، ما لم يثبت الطيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي ، فتعذر علاقة السببية ، ولا تتحقق المسؤولية العقدية . وللطيب هنا أيضا ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفا سليا ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي ، بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذا عينا وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض^(٢) .

(١) الإزام الطيب بعلاج المريض ليس التزاما بصحيح غاية هو شفاء المريض ، بل هو الإزام يندل العناية الواجبة في علاج المريض وفقا لأصول صنة الطب .

(٢) أنظر ملزمو ١قرة ٦٦٢ وما بعدها - بلاتول وريير وإسمان ١قرة ٢٧٧ - الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ٨٩ - ص ٩٧ - ومع ذلك ثرون بلاتول وريير وبولانجي ٢قرة ٦٩٩ - نظرية العقد للوئلف ٢قرة ٨٥١ - الدكتور حلمي بهجت بدوى ٢قرة ٢٩٦ - ٣٠٢قرة ٣١٥ - ٣٢١قرة ٣٢١ .

وأصحاب الرأي الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على الدين ، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية . فلهذا يثبت الإلزام . وعلى الدين بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه . فلن يجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض . غير أنه في الإلزام يندل عناية ، إذا عجز الدين عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه ، فانقلب أن التنفيذ العيني يصبح مستحيلا ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض . فلهذا في المسؤولية العقدية هو الذي يقع عليه إذن عبء الإثبات . أما في المسؤولية التضمرية فلهذا هو الذي يقع عليه عبء إثبات الخطأ التضمري . وببر ذلك أن الخطأ التضمري هو إخلال بالإلزام قانوني عام بالاتساع عن الإضرار بالغير ، ولا كان هذا الإلزام يترتب في ذمة الناس كافة ، فن القول أن تعرضه أنه مرعى منفذ حتى يثبت اللذان أن شخصا بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالإلزام عقدي يترتب في ذمة مدني بالذات ، فلهذا للدين أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه طبقا لقواعد المقررة في الإثبات ، وإلا ألزم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فلن أثره محدود من الناحية العملية . ففى المل يعبأ اللذان بإثبات الإلزام . ثم هو لا يقف مكتوف اليه بعد ذلك ، ينتظر حتى يثبت للدين أنه نفذ الإلزام أو حتى يجز عن هذا الإثبات ، بل هو يبايعه للدين مقدما ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الإلزام . وللدين من جهة لا ينتظر حتى يفرغ اللذان من تقديم ما عنده من الأدلة ، =

٤٣٠ - نظرية مهجورة - تدرج الخطأ (gradation des fautes) :

وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المجهل ، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق بمسوخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معتمد - مسوخطأ تافه (culpa levissima) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص . وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم - وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير - وعقد لمنفعة المدين وحده ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الروماني ، وهي ليست منه ، بل هي من خلق القانون الفرنسي القديم . نرى دوما يرسم خطوطها الرئيسية (١) ، ونراها مبسطة بوضوح عند بوتييه (٢) . ولكنها هجرت في القانون الحديث . وهي نظرية متقدمة من ناحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما تقول به من التدرج .

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة ، فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام بتحقيق غاية . وقد رأينا أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام . فإذا لم يفرض المدين التزامه العقدي ، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدي في جانبه ، أيا كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا يفرض التزامه . وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً . وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً . وقد يكون مقصراً تقصيراً تافهاً .

= بل يقدم بأدله موافقاً لثبته أنه قد تم تنفيذ الالتزام . وهكذا يقدم كل من الهائن وبليدين بأدله ، والفاضي يوازن ما بينها ، ويحكم لمن ترجح أدله أدلة الآخر . فإن كان موافقاً ، حكم له بالتنفيذ السيئ أو بالصومع بعد أن ثبت عنه أن المدين لم يتم بتنفيذ التزامه . وإن كان موافقاً ، رفض طلب الهائن بعد أن ثبت عنه أن المدين قد تم بتنفيذ الالتزام . (فرن ملزو ١ ص ٦٤٥ - ٦٥٣) .

(١) القوانين المدنية : الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة .

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢ .

بل قد لا يكون هناك أى تقصير فى جانبه . فالخطأ العقلى قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خطئه فى جميع هذه الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك ، قلنا إن المدين قد يمتنع من تنفيذ التزامه بسبب أجبنى كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبق خطئه العقلى قائماً لأنه لم ينفذ التزامه ، وإن كانت رابطة السببية تختفى بوجود السبب الأجبنى ، فتعلم المسئولية لانتعدام السببية لا لانتعدام الخطأ ، ومن هنا نرى أن التناقض الذى يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص القانون المدنى الفرنسى ، هما المادتان ١١٤٧ و ١١٣٧ ، تناقض ظاهر حتى لا حقيقة له . فالمادة ١١٤٧ من هذا القانون تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجبنى لا يد له فيه . والمادة ١١٣٧ تنص بأن الالتزام بالعتاية فى المحافظة على الشيء يلزم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبدل فيه عناية الشخص المعتاد . ولا تناقض ما بين النصين كما قلنا . فلكل نص نطاق خاص به . فالمادة ١١٤٧ تقرر فى عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقلى . وهذا صحيح ، وهو يصدق فى الالتزام بغاية وفى الالتزام بعناية . ويكون المدين مسئولاً عن هذا الخطأ إلا إذا ثبتي علاقة السببية بإثبات السبب الأجبنى . أما المادة ١١٣٧ فهى لا تعرض لشيء مما تعرض له المادة ١١٤٧ ، بل هى تحدد مدى التزام المدين فى الالتزام يبدل عناية ، وتقرر أن العناية المطلوبة هى فى الأصل عناية الرجل المعتاد . فالمادة ١١٤٧ تطبق إذن على جميع الالتزامات ، سواء ما كان منها التزاماً بغاية أو كان التزاماً بعناية ، وتعرض للمسئولية العقدية فى ركنين من أركانها ، ركن الخطأ وركن السببية . والمادة ١١٣٧ لا تناول إلا طائفة الالتزام يبدل عناية ، وتتناولها لتحديد المسئولية العقدية ، بل لتحديد مدى الالتزام (١) . وقد أتى القانون المصرى الجديد بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و ١١٣٧ من القانون المدنى الفرنسى (٢) . فالمادة ٢١٥ تنص بأن المدين يحكم

(١) أنظر ملزوم ١٠٠٩ - ٦٦١ ، وانظر فى ملحق ٦٥٩ عرضاً للأراء المختلفة فى علوة التوفيق ما بين النصين — الدكتور سليمان مريض فى الأسباب القانونية للاعطاء من المسئولية المدنية ص ٧٤ — ص ١٠٠ — وفرون نظرية العقد للوفى ٨٥١ .
(٢) أما القانون المصرى القديم فلم يضمن نصين يعابلان خطأ نص القانون الفرنسى القديم ذكرهما ، وإن كان قد أورد فى بعض نصوصه ما يفيد أن اللدين لا يكون مسئولاً عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ بخطأ منه (أنظر المواد ١١٩/ ١٧٧ و ١٧٨ - ١٧٨ =

عليه بالتعرض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل عليه ، فهي تقابل المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي . والمادة ٢١١ ، وتقابل المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، توجب في الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هي عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الفرض المقصود . ولا تناقض ما بين هذين النصين ، كما لا تناقض ما بين نصي القانون الفرنسي .

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة . فنحن ، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا تتيقن أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ التي سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ، سواء كان الفرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . قضى هذا النص على التقسيم في شقيقه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب في جميع العقود ، كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد . وذلك هو شأن القانون المصري الجديد (١) . فقد جاء واضحاً كل الوضوح في نفي نظرية تدرج الخطأ . والأصل عنده أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد (٢١١م) . ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق . وقد نص القانون فعلاً في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل

= ٢٤٠ - ٢٤١) . ولكن الله والقضاء في مصر ، في ظل القانون القديم ، كالا بقصران هذه النصوص بما تضمنه به المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، فكان عدم تنفيذ الدين لالتزامه في القيد يعد خطأ في جانبه (أنظر الدكتور سليمان مرص في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ١٠٧ - ص ١١٢) .

(١) أما القانون المصري القديم فلم يضمن نصاً كنص المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، ولكنه كان في العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلاً المادة ٣٧٦/٤٦١ في الإيجار والمادة ٤٨٢/٥٩٠ في الوديعة) ، ويطلب طوراً العناية الخاصة فيسبب حق على الخطأ البعير (مثلاً المواد ٤٦٨ - ٤٦٩/٥٦٩ - ٥٧١ في طرية الاستئجار) ، فلم يكن وإنما لا في إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا في قياسها .

المعاد كما رأينا فيما تقدم (١) . كذلك يجوز للمتاعين أن يضفا على مقلوم من العناية أزيد أو أقل . بل يجوز لها الاتفاق على الإحفاء من المسؤولية العقدية إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم (م ٢١٧قرة ٢) . وسرى تفصيل ذلك عند الكلام في الإحفاء من المسؤولية (٢) .

٢٤ - المسؤولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

١ - المسؤولية العقدية عن الغير :

٤٣١ - نطاق المسؤولية العقدية عن الغير : المسؤولية العقدية عن الغير قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العتدي ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذي أضر بالذائن في الالتزام العتدي . فيوجد إذن : (١) المسئول وهو المدين في الالتزام العتدي . (٢) والمضروب وهو الذائن في هذا الالتزام . (٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه . وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضروب وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر : المسئول هنا هو المستأجر ، والمضروب هو المؤجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصلي ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو المستأجر من الباطن . ويتبين من ذلك

(١) أنظر مثلاً المادة ٥٢١ في الفركة ، والمادة ٥٨٣ قرة ١ في الإيجار ، والمادة ٦٤١ في العارية ، والمادة ٦٨٥ في عقد العمل ، والمادة ٧٠٤ في الوكالة ، والمادة ٧٢٠ في الرديعة . (٢) وهذه بنى أمثلة تشريعية من القانون الجديد للمسؤولية العقدية في بنى العقود للجنة : عقد البيع (الزام البائع بتسليم المبيع هو الزام بناية م ٤٣١ و ٤٣٧ و ٤٣٨ - والزام البائع بضمان الاستحقاق وضمان السيوب المثقبة هو الزام بناية م ٤٣٩ و ٤٤٧) - عقد الإيجار (الزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو الزام بناية م ٥٨٣ - والزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو الزام بناية م ٥٨٤ - والزام المستأجر برد العين المؤجرة هو الزام بناية م ٥٩٠) - عقد العارية (الزام للمير بتسليم العين الزام بانيته م ٦٣٦ - والزام المستير بالمحافظة على العين الزام بناية م ٦٤١ - والزام المستير برد العين الزام بناية م ٦٤٢) - عقد الوكالة (الزام الوكيل بتنفيذ الوكالة الزام بناية م ٧٠٤) - عقد الرديعة (الزام المودع عنه بالمحافظة على العين الزام بناية م ٧٢٠ - والزام المودع عنه برد العين الزام بناية م ٧٢٧) - عقد ومن الخلق (الزام المأذن للزمن بالمحافظة على الشيء المرمون الزام بناية والزامه برده الزام بناية م ١١٠٣ وقد تضمنت الالتزامين معاً) .

أن هناك حدين لتطابق المسئولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، والحد الثاني أن يكون الغير مهوداً إليه في تنفيذ هذا العقد .

أما أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، فذلك لأن مسئولية المسئول نحو المضروب هي مسئولية عقدية ، فوجب أن تنشأ هذه المسئولية عن عقد تم بينهما . فإذا كان العقد قد تم بين المسئول والغير الذي أحدث الضرر ، لا بين المسئول والمضروب ، كالتابع يربطه بمتبوعه عقد تم بلحق الضرر بالمضروب في أثناء تأدية وظيفته ، فهذه مسئولية تقصيرية لا عقدية ، مفضلة في مكانها . كذلك المؤجر لا يكون مسئولاً مسئولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر . وإذا تولى الغير ، نيابة عن المسئول ، المفاوضة في عقد ، ثم قطعت المفاوضة ، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر ، فالمسئولية عن الغير هنا لا تكون عقدية ، لأن العقد بين المسئول والمضروب لم يتم إذ هو لم يعاوزه مرحلة المفاوضات . ويموز أن تقوم في هذا المثل مسئولية تقصيرية ، هي مسئولية المتبوع عن تابعه ، إذا توافرت أركانها . وإذا انعقد العقد غير صحيح في المثل الذي نحن بصدد ، فإن المسئولية لا تكون هنا أيضاً مسئولية عقدية . إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله ، فلا تنشأ المسئولية - إذا تحققت - من العقد ، بل تكون مسئولية تقصيرية . ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذي أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن المسئول هو المتسبب في البطلان ، فيكون مسئولاً مسئولية تقصيرية نحو الطرف الآخر ، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولاً عنه مسئولية تقصيرية هي مسئولية المتبوع عن التابع . فلا بد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضروب .

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه في تنفيذ هذا العقد . فلو كان الغير لم يعهد إليه في ذلك ، فإن تدخله في الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسئولية المدين ، ولكن هذه المسئولية تكون مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير . فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد ، فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم ، حتى لو كانوا

مستأجرين من نفس المؤجر^(١)، في انتفاع المستأجر بالعين ومنعه من ذلك ، فإن مسئولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسئولية عقدية ، ولكنها مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير ، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبي ، فتدفعه تنقضي مسئولية المؤجر بتاتا . كذلك المستأجر يلتزم بقصد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين ، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد ممن يسكن معه ، ومسئولته في الحالتين مسئولية عقدية عن عمله الشخصي لا عن عمل الغير . فلا بد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد ، فيصبح المدين بهذا التكليف مسئولاً عن الغير مسئولية عقدية . مثل ذلك المقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل ، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر ، والوكيل مسئول عن نائبه في تنفيذ الوكالة نحو الموكل . وقد يكون التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون ، كالولي أو الوصي أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور ، فهنا أيضاً تكون مسئولية الصغير أو المحجور عن الولي أو الوصي أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير .

٤٣٢ - نصوص القانون المدني المبرير الواردة في المسئولية العقدية

عمم الغير: لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسئولية العقدية عن الغير ، على غرار النص الذي يقرر القاعدة العامة في المسئولية التصهيرية عن عمل الغير^(٢) . ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير ، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجري بما يأتي : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسم الذي يقع من أشخاص يستعملهم في تنفيذ التزامه » . وقول بطريق غير مباشر ، لأن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص . فإما

(١) أنظر للادة ٥٧١ مرة ٢ من القانون المدني الجديد .

(٢) وهو نص المادة ١٧٤ التي يقرر مسئولية التجار عن نائبه .

أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسئولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص . فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسؤولية . ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً : هو أن المدين مسئول مسؤولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي .

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ في صدد عقود مختلفة : من ذلك عقد الإيجار . فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتي : ١٥ - على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انضاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانضاع . ٢ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار منى على سبب قانونى يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق من المؤجر . ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجر من الآخرين أو عن تلقوا الحق منه إنما هى مسؤولية عقدية عن عمل شخصى ، أما مسؤوليته عن الأعمال التى تصدر من أتباعه ممن يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهى مسؤولية عقدية عن عمل الغير (١) .

وفي عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتي : ١٥ - يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفايته الشخصية . ٢ - ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل . فهذا نص صريح في مسؤولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن ، وهى مسؤولية عقدية عن عمل الغير .

وفي عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتي : وإذا أتاب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ،

(١) أنظر أيضاً في مسؤولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو المختزل
له عن الإيجار للواد ٥٩٥ - ٥٩٦ .

ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية ، وهنا أيضاً نص صريح في مسؤولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل ، وهي مسؤولية عقدية عن عمل الغير .

٤٣٣ - شروط المسؤولية العقدية عن الغير وأعمالها : يبين مما تقدم أن الغير الذي يكون المدين مسئولاً عنه هو كل من كان مكلفاً - اتفاقاً أو قانوناً - بتنفيذ العقد . فالعمال والمقاولون من الباطن يكون المقاول مسئولاً عنهم نحو رب العمل . والمستأجر من الباطن والمنازل له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولاً عنهما نحو المؤجر . وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتابعون يكون أمين النقل الأصل مسئولاً عنهم نحو العميل . والبواب يكون صاحب المنزل مسئولاً عنه نحو المستأجرين (١) . ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولاً عنه نحو الموكل . والولي والوصي والقيم يكون الصغير أو المحجور مسئولاً عنهم نحو المتعاقد الآخر . وبوجه عام كل من كلف ، اتفاقاً أو قانوناً ، بالحلول محل المدين في تنفيذ الالتزام ، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصي ، أو بمساعدته في تنفيذه ، كالعمال وأمناء النقل المتابعين ، يكون هو «الغير» في المسؤولية العقدية عن الغير . ولا يشترط في الغير هنا ، كما يشترط في المسؤولية التضامنية ، أن يكون تابعاً ، فقد رأينا أن الولي والوصي والقيم يعتبرون «غيراً» في هذه المسؤولية العقدية ولا يعتبرون «تابعين» في المسؤولية التضامنية .

ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه ، على النحو الذي سنراه في مسؤولية المتبوع عن التابع . وخطأ الغير في الالتزام بغاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها ، وفي الالتزام بصيانة يكون بعدم بذل العناية المطلوبة ، فخطأه هو وخطأ الأصل سواء .

فإذا توافرت هذه الشروط تحققت المسؤولية العقدية عن الغير ، ويصبح المدين مسئولاً عن خطأ الغير الذي استخدمه في تنفيذ التزامه . واختلفت في الأساس الذي تبني عليه هذه المسؤولية . فبعض من يقيّمها على خطأ مفروض

(١) أنظر في المسؤولية العقدية عن البواب ، في صدد سائقين حادين مما سرقة للزبائن المراسلات ، مقروءة ١٩٩٢-٩٠ .

فرضاً غير قابل لإثبات العكس . ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل النتيجة . ومنهم من يربطها على فكرة أطول الغير على الأصيل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ . ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان . وهذا الخلاف فيه نجده في تأصيل مسئولية المتبوع عن التابع . وستكلم فيه هناك بالتفصيل .
وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسئولية المدين عن الغير ، جاز للأول أن يرجع على الثاني إما بالمسئولية العقابية إذا كان هو الذى كلفه بتنفيذ العقد ، وإما بالمسئولية التصديرية إذا كان الثاني مكلفاً بتنفيذ العقد بمقتضى القانون .

ب — المسئولية العقابية عن الأشياء :

٤٣٤ — نطاق المسئولية العقابية عن الأشياء : إذا لم يحم المدين بتنفيذ العقد كان هذا خطأ عقدياً كما قلنا . فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لإحدى من شئء أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه في المسئولية التصديرية عن الأشياء ، كان المدين مسئولاً بمسئولية عقابية ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشئء . ويتعلق ذلك في الترويض الآتية :

(١) يسلم المدين الشئء محل العقد للدائن — البائع يسلم الآلة المبيعة للمشتري فتفسر الآلة في يد المشتري وتعييه بضرر في نفسه أو في ماله . هنا يصبح البائع مسئولاً بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية . ولم ينشأ هنا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها ، بل عن حالة إيجابية هي انقضاء الآلة . فيكون البائع مسئولاً بمسئولية عقابية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشئء .

(٢) يكون المدين مسئولاً عن رد الشئء محل العقد للدائن ، كالمتأجر يلتزم برد العين المؤجرة ، فيتدخل شئء آخر في حراسة المتأجر — كمواد متفجرة — تدخل إيجابياً يتسبب عنه حريق العين . فهنا لم يغل المتأجر التزامه العقدى برد الشئء ، فيكون مسئولاً بمسئولية عقابية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشئء ، والشئء هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة .

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً ، فيؤدى هذا الشيء للنائن ، ويكون المدين مسئولاً عن سلامة النائن بمقتضى العقد . مثل ذلك عقد النقل ، يتعهد أمين النقل بوسائل المواصلات المخططة ، قطار أو سيارة أو طائرة أو غير ذلك ، فيصطلم القطار أو تنفجر السيارة أو تنقطع الطائرة ، فيصاب الراكب بالضرر . هنا أيضاً لم يتخذ أمين النقل التزاماً نحو الراكب ، إذ هو ملتزم بسلامته ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء .

٤٣٥ - المسئولية العقدية عن الأشياء والمسئولية العقدية عن الفعل

الشخصى تحكمها قواعدها الخاصة : والقروض الثلاثة التى قدمناها لا فرق فى الحكم بينها وبين المسئولية عن الفعل الشخصى . فالمدين بالعقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسئولية عقدية . وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصى أو إلى فعل شيء فى حراسته ، فمسئوليته متحققة فى الحالتين ، وتطبق القواعد ذاتها فى كل منهما . ويعتبر فعل الشيء فى القروض المتقدمة هو فعل شخصى للمعاقد ، لأن الشيء فى حراسته ، وهو مسئول عنه . فالمسئولية العقدية عن الأشياء هى كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصى (١)

٣٤ - تعديل قواعد المسئولية العقدية

٤٣٦ - تعديل قواعدها المسئولية العقدية عن طريق التأمين على

المسئولية : يستطيع المدين أن يؤمن على مسئوليته العقدية كما يؤمن على مسئوليته التقصيرية . ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عن الفعل الممد ، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخلفهم فى تنفيذ التزامه حتى عن الفعل الممد . فيستوى التأمين فى المسئوليتين . وتستوى قواعد التأمين أيضاً ، وستفصلها عند الكلام فى المسئولية التقصيرية .

٤٣٧ - تعديل قواعدها المسئولية العقدية عن طريق الاضطرار - النصوص

القانونية : تنص المادة ٢١٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

(١) انظر فى الموضوع ملزوم ٢ ص ٣٧٥ - ص ٣٤١ .

١٥ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة .

٢٥ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطاه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الفشل أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣٥ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (١) .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ - بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة فى الالتزام يبلل عناية هى عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف على ما يأتى : « وفى كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتية من غش أو خطأ جسيم » . وقد سبق ذكر النص بأكمله (٢) .

(١) تبريح النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل بخلاف نصه الحقيقى . وقد أدخل هنا التعديل ليعطى فى لجنة الرابطة فأصبح النص مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٥٢ - ص ٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تهيئة للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن . فقد يجبل عبء المسئولية أشد وقرراً بالأخلاق على تحمل تبعة الحادث الضالئ ، وهنا يكون للمدين مؤمناً للبلات من وجه . وقد تخفف المسئولية ، على بعض ذلك ، بإشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى ، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الأخلاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والنقص لا يجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يجتنب اشتراط الإعفاء من المسئولية التصديرية ، أما كانت درجة الخطأ ، ويترتب هذا الاشتراط بطلاناً لحاقته لنظام العلم . على أن ذلك لا ينفى جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيماً ، بل وفى نطاق المسئولية التصديرية ذاتها ، من كان لا يرجع لى مرتبة النص . كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يشاركون عن أعمالهم ، بل وعن النص الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تصديرية » . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٥٣) .

(٢) أنظر آخراً فقرة ٤٢٨ - وأنظر تبريح النص فى ملحق هذه الفقرة .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة ، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليه من المبادئ في شأن التعديل الاتفاقي من قواعد المسؤولية العقدية ، وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيدهما في نصوص تشريعية.

٤٣٨- الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق:

ولما كانت المسؤولية العقدية منشأها العقد. وكان العقد وليد لإرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أُنشأت قواعد هذه المسؤولية . فإن لما أن تعديلاً . فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب .

أما المسؤولية التقصيرية فهي ليست وليدة الإرادة الحرة ، بل هي حكم القانون . وسرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق ، كما جاز في المسؤولية العقدية .

٤٣٩ - الأمّام التي قررتّها النصوص في جواز تعديل المسؤولية

المقرّرة بالاتفاق : والأحكام التي قررتّها النصوص ، والتي كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليها في غير اضطراد فاستقرت بعد أن قننتها نصوص تشريعية ، يمكن ردها إلى مبدئين رئيسيين :

المبدأ الأول : يقضي بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية. فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية ، بأن يجعل المدين مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي . ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن (١) . ولهما أن يتفقا على التخفيف منها بالألّا يجعل المدين مسئولاً حتى عن تقصيره .

والمبدأ الثاني : يقضي بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإغضاء من القفل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعنى نفسه من

(١) استئناف مخطوط في ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٩ .

المسئولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدي ، لكان التزامه مطلقاً على شرط إرادى محض . وهذا لا يجوز . والخطأ الجسمي ملحق بالنقل العمد ، ويأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسؤولية عن عمل الغير ، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيماً ، فإن عدم الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض (١) .

٤٤٠ - تحليل لهذه الأخطاء وتطبيقها على الالتزام بغاية والالتزام

بغاية : وإذا حللنا الأحكام التى قلناها فى ضوء ما عرفناه من قواعد المسؤولية

(١) استئناف مخطط فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١١ - وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - والتون ٢ ص ٢٧٠ - م ٢٧٢ - الدكتور عبد السلام ذمى بك فقرة ٢٧٣ - الدكتور محمد صالح بك فى أصول الشهادات فقرة ٤٧ .

وفى عقود النقل كان القضاء المصرى يحرم الإغناء من المسؤولية عن السند والخطأ الجسمي (استئناف مخطط فى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جلزيت ٧ رقم ٣٢٢ ص ٧٣) . وكان من شأن الإغناء من المسؤولية عن الخطأ البشري أن ينقل عبء الإثبات فيحصله فى جانب الدائن كما كان الأمر فى فرنسا قبل قانون رابيه (Rabier) (استئناف مخطط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ - وفى ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١) . ولكن قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعد ذلك بأن شرط الإغناء من المسؤولية فى عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ البشري ، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مخطط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ - فرن استئناف مخطط فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ - أنظر والتون ٢ ص ٢٧٩ - م ٢٨٠) . وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختلطة على حكم قانون رابيه دون أن يكون فى مصر قانون مماثل ، وذلك لاعتبارات خاصة فى عقود النقل تجعل التقيد فى مسؤولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أنظر فى هذه الاعتبارات والتون ٢ ص ٢٨٠ - م ٢٨٣) . وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإغناء من المسؤولية فى عقود النقل .

أما الإغناء الاضاحى من المسؤولية التقدية عن عمل الغير فى الخطأ البشري فجائز فى قضاء واقعه (استئناف مخطط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - والتون ٢ ص ٢٧٢ - م ٢٧٤) . وإذا كان خطأ الغير جسيماً أو عمداً ، فكأن القضاء فى مصر لا يميز الإغناء من المسؤولية (استئناف مخطط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جلزيت ٧ رقم ٢٢٢) ، ويميزه التقيد بالخطأ الجسمي (والتون ٢ ص ٢٧١ - م ٢٧٢) ، والقانون المدنى الجديد يميزه حتى فى الصد كما بينا (فرن ملزو ٣ فقرة ٢٥٢٧) . هذا ولا يجزى خطأ من عمل الغير خطأ مدير الشركة ، فالدير أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها ، فلا يجوز للمعركة أن تخفى نفسها من السند أو الخطأ الجسمي إذا صدر من مديرها . ولكن يجوز أن تخفى نفسها من السند أو الخطأ الجسمي إذا صدر من عمالها .

العقدية ، وأبنا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدي . وتتلج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً (١) .

ففي الالتزام بغاية ، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة للدرجة القصوى ، إذ يطلب دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها ، لا ترفع مسئولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي . ويكون المدين مسئولاً عن الفعل العمد ، وعن أى خطأ ، جسيماً كان أو يسيراً أو تافهاً ، بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ . ويمكن تبيناً لهذا التدرج أن تصور الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية حتى تشمل المسئولية عن السبب الأجنبي ، وهذا كما قلنا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن . كذلك يمكن أن تصور الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية في أدنى صورة من صوره ، فلا يكون المدين مسئولاً عن فعله المجرى من الخطأ . وعند ذلك يتقلب الالتزام بغاية إلى التزام بغاية ، ولا يكون المدين مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً (٢) . وقد يتدرج المدين في التخفيف من المسئولية ، فيشترط إعفاؤه من المسئولية عن الخطأ التافه ، ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين ، بحيث تدرج المسئولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل السد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط إلى الخطأ التافه ، هو التدرج الذي يصلح لبقاء في رأينا من نظرية تدرج الخطأ المهجورة . أما توزيع هذه الأخطاء المتدرجة على طوائف منقسمة من العقود ، وهو الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية ، فهذا هو الذي ظهر فاعده وكان السبب في حير النظرية .

(٢) وقع عبه الإثبات في المسئولية العقدية المنخفضة على الدائن ، وقد رأينا أن هذا السبب يقع عليه في المسئولية العقدية الكاملة ، فأول أن يقع في المسئولية المنخفضة . نرى عند التفل — حيث يلتزم أمين التفل بإقامة الراكب ، والزامه التزام غاية فيكون مسئولاً إلا إذا أثبت السبب الأجنبي — إذا اشترط أمين التفل إعفاؤه من المسئولية العقدية وأمكن خبر ذلك على أنه إعفاء من المسئولية عن الفعل المجرى من الخطأ وعن الخطأ التافه ، فلا يكون أمين التفل مسئولاً إلا إذا أثبت الراكب في جانبه خطأ بديراً ، ومن ثم يصح عبه الإثبات على الراكب لاعتبار أمين التفل . أما الأعضاء الفرنسي فيجب هذا المنصب ، ولكن على أساس أن شرط الإعفاء من المسئولية يهبط المسئولية العقدية ، حتى المسئولية الضمنية إذا أثبت الراكب خطأ في جانب أمين التفل . وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالميرة بين المسئولية العقدية والمسئولية الضمنية ، وسنرى عند الكلام في المسئولية الضمنية أنه لا خيرة بين المسئولين ، وأن المسئولية العقدية إذا تحقت لا تضع للمسئولية الضمنية مكاناً في جانبها (أنظر في هذا الموضوع ملزو ٣ فقرة ٢٥٤٥ وما بعدها) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (فقرة ٤٤١) .

مستولا إلا إذا أثبت الدائن في جانبه العمد أو الخطأ الجسيم . ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل في التخفف من مسؤوليته ، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم ، ما لم تكن المسؤولية مرتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك (١) . وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق المبيع ، وهو التزام بغاية ، يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه ويجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق . أو أن ينقصا منه . أو أن يسقطا هذا الضمان . ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي . وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في المبيع ، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

وفي الالتزام بغاية تكون درجة العناية المطلوبة ، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص . هي عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المدين مسئولاً عن السبب الأجنبي . ولا عن الفعل المجرد من الخطأ ، ولا عن الخطأ النافه . ويكون مسئولاً عن فعله العمد ، وعن خطأه الجسيم ، وعن خطأه اليسير . وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسؤولية . فيصبح مسئولاً عن الخطأ النافه ، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ . وهنا يتقلب الالتزام بغاية إلى التزام بغاية ، إذ يصبح المدين مسئولاً عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسؤولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي . وقد يشدد في مسؤوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي ، وهذا ضرب من التأمين كما قلنا . وقد يتخفف من مسؤوليته ، فلا يكون مسئولاً عن الخطأ اليسير . ويبقى مسئولاً عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفي نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما ، ما لم تكن المسؤولية مرتبة على فعل الغير .

(١) تارن ملزو ٣ فقرة ٢٥٢٧ - ويرى الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفائه من الفعل العمد أو الخطأ الجسيم حتى لو كان صادراً من الغير ، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو .

ونرى من ذلك أن الالتزام بنهاية قد يتقلب إلى التزام بنهاية ، وأن الالتزام بنهاية قد يتقلب إلى التزام بنهاية ، وأن اللوم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجني ، إلى الفعل المجرى من الخطأ ، إلى الخطأ ذاته ، إلى الخطأ اليسير ، إلى خطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، يتخرج المدين في مسئوليته العقابية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بنهاية والالتزام بنهاية (١) .

٤٤١ - الوكالات التي ترتب على شروط الإعطاء من المسؤولية العقابية:

إذا كان شرط الإعطاء من المسؤولية العقابية صحيحاً على النحو الذى فصلناه ، فإنه يعنى المدين من المسؤولية بالتقدير الذى يتبع له الشرط . ويقع المدين مسئولاً فيما وراء ذلك . ولكن القضاء الفرنسى - واقتضى به القضاء

(١) هذه القواعد التى يطمحها في الإعطاء الاطلاق من المسؤولية العقابية في حاجة إلى مزيد من التأمل في فروق ثلاثة ، حيث تستهدف لاختلافات يسهل فهمها :

(أ) قد تقترب شركة إعطاء من المسؤولية العقابية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها . وقد أخذ على قواعد الإعطاء الاطلاق التقدم ذكرهما أنها تجعل هذا الشرط صحيحاً لأنه إعطاء من المسؤولية من قبل الغير ، وكان الواجب أن شرطاً كهذا لا يصح . وردنا على ذلك ما تضمنه من أن مدير الشركة لا يجبر وكلاء عنها ، بل يعتبر أدلة لها (agents) ، فمسئولية الشركة عن فعله تعتبر مسئولية عن فعل شخصي لا من قبل الغير . فلا يجوز إذن للشركة أن تنفي عنها من المسؤولية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذلك بمنزلة سواء .

(ب) يطمح شركات النقل أن تنفي عنها من المسؤولية عن السرقات التى ترتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر إعطاء من المسؤولية من قبل الغير وهو صحيح وفقاً لقواعد التقدم ذكرها . وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عمالها يعتبر شرط إذعان يجوز للقضى إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩ .

(ج) يطمح المدين أن ينفي عنه من المسؤولية العقابية من الضرر الذى يمد به بالإن في جسمه بجناحه اليسير ، ويكون الإعطاء صحيحاً طبقاً لقواعد التقدم ذكرها ، مع أن هذا ميلاً إلى جعل الإعطاء من المسؤولية لا يجوز إلا في الضرر الذى يلحق بالإن دون الجسم (أنظر ملزو ٣ قررة ٢٥٧٩ وما بعدها) . وعلاج ذلك أن تميز بين ما إذا ورد هذا الشرط في عقد من عقود الإذعان ، كعقد النقل أو العقد الذى يتم بين الطبيب والمرضى ، فيجوز للقضى أن يطله ، وما إذا ورد في غير عقود الإذعان فيصح . والقضاء الفرنسى يعتبر الشرط صحيحاً في جميع الأحوال . ونحن ، بالنسبة إلى عقد النقل ، أن يصدر في شأنه تصريح خاص بواجب ملائمة الخدمة .

المصري في ظل القانون القديم - يضيئ من أثر شرط الإحفاء . فعنده أن المسؤولية التصهيرية تجتمع مع المسؤولية العقابية ، والدائن الخيرة بين هاتين المسؤوليتين . فإذا كان هناك شرط يعنى من المسؤولية العقابية ، بقيت المسؤولية التصهيرية ، وعلى الدائن أن يثبت خطأ في جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض ، لا على أساس المسؤولية العقابية وقد أعنى للمدين منها ، بل على أساس المسؤولية التصهيرية بشرط الإحفاء لا يتأولها ولا يجوز أن يتأولها لأن الإحفاء من المسؤولية التصهيرية يتعارض مع النظام العام . فكان شرط الإحفاء من المسؤولية العقابية لم يفعل إلا أن قلل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . وهذه النتيجة تلزم من يقول بالخيرة بين المسؤوليتين العقابية والتصهيرية . أما نحن فلا نقول بالخيرة كما سفين عند الكلام - في المسؤولية التصهيرية . ولذلك نرى أن شرط الإحفاء إذا كان صحيحاً أعنى للمدين من المسؤولية العقابية ، ولا عمل للمسؤولية التصهيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك (١) .

وعلى المدين الذى يتمسك بشرط الإحفاء أن يثبت وجود هذا الشرط . ويصعب في كثير من الأحوال على المدين إثبات أن الدائن قبل شرط الإحفاء ، لاسيما إذا كان هذا الشرط منزوياً في ورقة مطبوعة هي « بوليصة شحن » أو « تذكرة سفر » ، أو في ورقة موضوعة في مكان غير ظاهر في فندق أو مطعم أو نحو ذلك . وتقوم صعوبتان في مثل هذه الحالات تقبول شرط الإحفاء : أولاهما احتمال أن يكون الدائن لم ير هذا الشرط فلا يعتبر قابلاً له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة ، والثانية أن الشرط - بفرض أن الدائن قد رآه ولم يتعرض عليه - قد يعتبر شرط إذعان تصفى للقاضى أن يبطله . أما إذا كان شرط الإحفاء من المسؤولية العقابية باطلاً وفقاً للقواعد التى

(١) هنا وقد قلنا أنه يمكن تفسير الإحفاء من المسؤولية العقابية في بعض النود ، وخاصة في عقد التل ، على أنه إحفاء من القبل المجرد من الخطأ ومن الخطأ ذاته . فإذا استقام هذا التفسير في عقد ، جاز القول في نظرتنا إلى مسؤولية المدين العقابية - لا التصهيرية - تتحقق إذا أثبت الدائن في جانب المدين خطأ بعبء . ويكون الخطأ في هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تصهيرياً (انظر سابقاً ص ٤٤٠ في الماضي) . ولكن ينب أن يتناول شرط الإحفاء من المسؤولية العقابية كل ما يمكن الإحفاء منه في هذه المسؤولية ، فيشمل المسؤولية عن القتل المجرد من الخطأ وعن الخطأ ذاته وعن الخطأ البسيط ، دون المسؤولية عن القتل العمد أو الخطأ الجسيم ، فهناك لا يجوز الإحفاء من المسؤولية عنها كما قلنا .

تقدم ذكرها ، فشرط الإعفاء وحده هو الذى يعطل ويحق العقد قائماً دون شرط الإعفاء (١) .

المطلب الثانى

الضرر

(Le préjudice)

٤٤٢- عبء إثبات الضرر : الركن الثانى فى المسؤولية العقدية هو الضرر . فلا بد من وجود ضرر حتى ترتب هذه المسؤولية فى ذمة المدين . والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات الضرر ، لأنه هو الذى يدعيه . ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يحم بالتزامه العقدى ، فقد لا يتخذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك . ففى عقد النقل مثلاً ، إفتأخر أمين النقل فى تسليم البضاعة ، أو تأخر الراكب عن الوصول فى الميعاد ، فإن مجرد التأخر لا يكتفى لاستخلاص وجود الضرر ، بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر (٢) .

ويستثنى من ذلك فوائد القفود . فإذا استحققت فوائد عن التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته . بل لا يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسؤولية . وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم فقالت : « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » .

(١) ملزو ٣ قرة ٢٠٦٢ - قرة ٢٠٦٤ . وحفا إلا لما ثبت أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كان هو النافذ لدى المصدق ، يعطل العقد كله ، ولا يحقق منها نادراً .

وتسرى القواعد التى تقدمت فى سورجين لتبران إعفاء اتفاقية عوراً من المسؤولية العقدية : (الصورة الأولى) أن يفتقر المدين فى المسؤولية العقدية ألا يتجاوز مسئوليته ، إنما تحقت ، مبتأناً حقيقياً من المال أقل من الضرر الذى وقع . ولكن يفتقر أن يكون المبلغ المطلق عليه جدياً ، لا رمزياً يصمد به الإعفاء السككلى من المسؤولية . أما إذا قصد أن يكون المبلغ مبالغاً للضرر ، فهذا هو المشرط الجزائى . (والصورة الثانية) أن يفتقر المدين فى المسؤولية العقدية مدة تقادم التزمه العقدى تكون أقصر من المدة المقررة قانوناً .

(٢) أظفر فيما يعلق بقصد النقل ملزو ٢ قرة ١٦٨٢ .

أما الشرط الجزائي فلا يفتى عن إثبات الضرر . ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول : « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٤٤٣-مسألتهم للبحث: والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً . والتعويض عن الضرر في المسؤولية العقلية محلود المذى ، فلا تعويض إلا عن الضرر المترفع .

فنبحث إذن مسألتين: (١) الضرر المادى والضرر الأدبى. (٢) مدى التعويض عن الضرر .

١٥ - الضرر للمادى والضرر الأدبى

٤٤٤- كيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأدبى :
قد يصيب الدائن في المسؤولية العقلية ضرر مادى في ماله أو في جسمه ، كالغير لا يستطيع استرداد الشيء المأور ، وكالراكب يؤذى في سلامته عند النقل . والضرر المادى هو الأكثر الأغلب . ولكن قد يكون الضرر ، وهنا نادر في المسؤولية العقلية ، أدبياً يصيب الدائن في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك .

ويجب على كل حال في الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع . ونبحث هنا الشرط في الضرر المادى لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه . ثم نبحث الضرر الأدبى .

١- الضرر المادى (préjudice matériel) :

٤٤٥- **الضرر الحال** (préjudice actuel) : الضرر الحال هو الضرر الذى وقع فعلاً . والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال . ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سترى .

أما إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب في الوصول قد لا ينجم عنه ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا

كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصلحته ، فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن ،
ويشترط بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين ، فلا
تعويض للموكل إذ لم يلحقه ضرر .

٤٤٦ - الضرر المستقبل (préjudice futur) : وقد لا يقع الضرر في
الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل : مثل ذلك مصنع يتعاقد على
استيراد خامات يلحقها المقلب من الأيام ، فيخل المورد بالتزامه نحوه .
فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية ، ولكن يلحق
به الضرر مستقبلاً عندما ينفد ما عنده ويصبح في حاجة إلى الحديد الذي
تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل ،
ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، فإن المصنع أن يرجع فوراً بالتعويض
على المورد . ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع
ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل
مجهول لا يعرف . مثل ذلك راكب يصاب بجراح في أثناء النقل ولا تعرف
مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فلذا رجع على أمين النقل بالتعويض ،
وجب التبرع حتى يعرف مدى الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً . وسندالج
هذه المسألة بتفصيل أدنى في المسؤولية التقصيرية .

٤٤٧ - الضرر المحتمل (préjudice éventuel) : وقد يكون الضرر محتملاً :
لا هو قد تحقق فعلاً ، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر
بالعين المؤجرة خطأ يخشى منه أن تنهك العين . فالخلل ضرر حال ، ولكن
تهلك العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً . أما الضرر
المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق . وسرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية
أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل ، ولا يعوض عنه إلا إذا تحقق كما
قلنا ، وتقويت الفرصة ، ويعوض عنه في الحال .

ب - الضرر الأدبي (préjudice moral) :

٤٤٨ - أضرار على الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية : سرى عند
الكلام في المسؤولية التقصيرية أن الضرر الأدبي قد يصيب الجسم فيايلحق به من

ألم أو يحدث فيه من تشويه ، وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض ، وقد يصيب الماعطق والحنان والشعور . وهو إذا كان يقع كثيراً في المسؤولية التصديرية ، فإن وقوعه في المسؤولية العقابية نادر . إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية .

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية المتعاقدين في تنفيذ العقد ، فإذا أحل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي . فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه . والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته . وقد يلجج الطبيب سراً للمريض لا تجوز إذاعته ، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمته . كذلك قد يذبح الوكيل عن موكله ما يؤذيه في اعتباره . وقد يشتري شخص تذكاراً عاطفياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه ، فإذا أحل البائع بتنفيذ التزامه كان انصرار الذي يصيب المشتري من جراء ذلك ضرراً أدبياً . والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن الحق أن يصيبه بضرر أدبي . والقنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فني ، فسسخ المتعاقدين معه العقد فسحاً تصفياً ، قد يرى في هذا السسخ إضراراً أدبياً بسمته . والقطار إذا تأخر عن الوصول في ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب في عاطفته . بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى ، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع ، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبي أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين .

٤٤٩ - جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية :

وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام ، وعن الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية بوجه خاص . وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التصديرية خصوم يتدبرهم ، فإن بعضاً من الفقهاء لا يميز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقابية . ويرجع السبب في ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت لا تجيز هذا التعويض ، وقد ردد دوما وهوتيه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم

القانون الروماني . ولكن الكثرة في الفقهاء الفرنسيين تجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية (١) .

أما في القانون المصري ، فقد كان التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية جائزاً قهراً وقضاء (٢) ، وأورد القانون الجديد نصاً صريحاً في جواز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسئولتين التصديرية والعقدية ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتي : «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

٤٥٠ - إجماع : ومنستوفي بحث التعويض عن الضرر الأدبي عند الكلام في المسؤولية التصديرية . فإذ يقال هناك ينطبق هنا ، وبخاصة في تعيين من نه حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ومتى يمكن انتقال هذا الحق .

٢٤ - مدى التعويض عن الضرر

٤٥١ - الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوض عنه في المسؤولية

العقدية : الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلاً ، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التصديرية . فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) .

ولكن في المسؤولية التصديرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقفاً كان (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسؤولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول :

«ومع ذلك إذا كان الالتزام مصلره العقد ، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب خطأ أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت

(١) أنظر في الفقه الفرنسي ملزو ١ فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٢٤ .

(٢) نظرية العقد للرونف فقرة ٨٥٣ ص ٩٥٩ .

الصاعد (١) .

ونأى بمثال يوضح ذلك نقله عن « نظرية القدر » (٢) : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة ، وتلف بعض القروشات في أثناء النقل . ثم يكون في المنزل الجديد « ميكروب » مرض معد ينتقل إليه هذا المرض . فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع . وقيمة القروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع . وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أدخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية . ولا يكون المدين مسئولاً عن الضرر غير المباشر أصلاً حتى في المسؤولية التقصيرية (٣) .

ومن المهم إذن أن نحدد عند اللبس ما إذا كانت المسؤولية عقدية لا تعويض

(١) تلرخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المصروع التيميدى على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة الرأفة تحت رقم المادة ٢٢٨ في المصروع النهائي . وأقره مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢٦ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٥٦٣ - ٥٦٦) .

ويجاءل هذا النص في القانون المدني القديم المادتين ١٢٢/١٨٠ من هذا القانون ، ويعبر عن على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين ، فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقع الحصول عقلاً وقت العقد » .

وجاء في الفكرة الإضافية للمصروع التيميدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويكون للمسئولة التصادية ، في حالتها والنش والسطا الجسم ، حكم المسؤولية التقصيرية . أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية لتخلف عن الوفاء بمجرد ما ، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت الصاعد . فإذا لم يتحقق في النتيجة هذا الشرط ، خرجت بذلك من نطاق المسؤولية التصادية ووسط وجوب التعويض عنها . وبراغمي في هذا الصدد أن توقع المتعاقدين الضرر الواجب توقيته يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه » (مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٥٦٥) .

(٢) نظرية القدر للولف فقرة ٨٥٤ ص ٩٥٩ .

(٣) استضاف مخطوط ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ - قضى فرنسي في ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيرة ١٩١٧ - ١ - ٣٨ .

فيا إلا عن الضرر المتوقع ، أو هي مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع . فإذا أصيب الراكب في حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية ، لم يكن أمين النقل مسئولاً قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث . أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم الشخصي ، لا باعتبارهم ورثة ، فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية . ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم هم ، لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع (١) .

٤٥٢ - ماذا يجري قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر

المتوقع : ويقال عادة في تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر . فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش - أو ما يعادل الغش من خطأ جسيم - في جانب المدين ، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع . وينتقد الأستاذان هنرى وليون مازو فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش إلى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسئولاً بالعقد ، حتى لو كان سوء النية في عدم تنفيذه . ويرى أن المسئولية عن الضرر غير المتوقع في هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون (٢) . ونرى من جانبنا أن نتلمس مبرراً للقاعدة في الاعتبارات الآتية : الأصل في المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذى أحدثه مباشرة بخطأه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد ، فلزادة المتعاقدين هي التى تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افترضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المقبول بمثابة شرط اتفاق يدل على مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار

(١) مازو ٣قرة ٢٢٧٧ .

(٢) أنظر مازو ٣قرة ٢٢٧٥ - ٢ إلى قرة ٢٢٧٦ .

الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالة غش المدين وخطأه الجسيم كما قلنا ، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر ، متوقفاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاق الذي يعد من مقدار المسئولية . ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التي سنبسطها الآن في تحديد الضرر المتوقع .

٤٥٣ - تحديد الضرر المتوقع - توقع سبب الضرر وعقداه - معيار

موضوعي : لما كان مفروضاً أن المدين في المسئولية العقلية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قلنا ، وجب ، جبراً وراه هذا القرض المقبول ، أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لا في سببه فحسب ، بل أيضاً في مقداره . فإذا تمهدت شركة نقل بقتل « طرد » ، ثم ضاع « الطرد » في الطريق ، وتبين أنه يحتوي على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، فلا تكون الشركة مسئولة عن كل القيمة يدعى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع « الطرد » ، بل لا تكون مسئولة إلا عن القيمة المفقودة « الطرد » ، إذ هي لا تسأل إلا عن الضرر الذي كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره (١) .

وينبغي أيضاً على هذا القرض المقبول من أن المدين لم يلزم إلا بالضرر المتوقع ، أن الوقت الذي ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد . فلو أن المدين لم يتوقع الضرر في هذا الوقت ، ثم توقعه بعد ذلك ، فإنه لا يكون مسئولا عنه ، لأنه لم يلزم به وقت إبرام العقد . وهنا هو ما ورد صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ ، إذ تنص على أن المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً لا يلزم إلا بالتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي . فالضرر المتوقع هو - كما يقول النص - الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة ، أي الضرر

(١) قس. فرنسيف ٧ جولية سنة ١٩٢٤. ١٩٢٥ - ١ - ٢٢١ - ومع ذلك أنظر قس. فرنس في ١١ يونيو سنة ١٩٢٨. جازيت دي باليه ١٩٢٨ - ٢ - ٢٢٧ - ملزو ٣ قرة ٢٣٨٨ .

الذى يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات . فإذا أهمل المدين في تبيين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فإن الضرر يعتبر متوقفاً ، لأن الشخص المعتاد لا يهمل في تبيين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين للضرر يرجع إلى فعل الدائن ، كأن سكنت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن « الطرد » يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره ، فإن الشركة لا تكون مسئولة عن هذا الضرر ، إذ من حقها ألا تتوقعه ، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة ، للحصول مثلاً على تعريفة مخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت المدين عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر في بعض الأحوال إخفاء للضرر ، فيكون المدين معلوماً إذا لم يتوقعه . فإذا سكنت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول في الميعاد لأنه سيشارك في سباق ، أو سيؤدي امتحاناً ، أو سيحضر اجتماعاً هاماً ، أو سيمضى عقداً ، أو سيقدم في مزاد ، أو نحو ذلك من الأشياء العاجلة التى يجب أن تتم في وقت محدد ، فلا يكون أمين النقل مسئولاً عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد ، وإنما يكون مسئولاً عن الضرر الذى ينجم عن التأخر في الظروف المعتادة . أما إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب أجنبي عنهما معاً ، فإن الميار الموضوعي للشخص المعتاد هو الذى يطبق في هذه الحالة ، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أو لا يتوقعه (١) .

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

(Lien de causalité)

٤٥٤- عبء الإثبات : لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية (١) أظهر اعتماداً لاعتقاص المصلحة المدنية على الضرر المتوقع فملزو ٢ ضرورة ٢٣٩١ .

ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين . كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن ، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل البركية التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب ، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة ، فتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة . فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي ، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي ، أو يرجع إلى خطأ الدائن ، أو يرجع إلى فعل الغير . والنص صريح في هذا المعنى . فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه : إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يده فيه (١) .

٤٥٥ - إعلانه: بين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ . ونعلم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً ، إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ ، بل يرجع كما قلنا إلى سبب أجنبي . كذلك نعلم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ، ولكنه لم يكن السبب المباشر .

والكلام في السبب الأجنبي ، وفي السبب المنتج والسبب المباشر ، تشترك فيه المسئولتان العقلية والتقصيرية . لذلك نرجى بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية ، فستوفى هناك بحثها تفصيلاً .

(١) انظر أيضاً المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي .

الفصل الثالث

زوال العقد

٤٥٦- كيف يزول العقد: المقذيرول بالانقضاء (extinction) والاعلال (dissolution) والإبطال (annulation) .

فهو ينقضى بتنفيذ الالتزامات التي ينشأ ، وهذا هو مصيره المألوف . ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه ، أو قبل البدء في تنفيذه ، فينحل . فالفرق إذن بين ائلال العقد وانقضائه أن الاعلال يكون قبل أن يفقد العقد أو قبل أن يتم تنفيذه ، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ .

وائلال العقد غير إبطاله ، كلاهما زوال (disparition) للعقد ، ولكن الاعلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعى أو دون أثر رجعى ، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعى في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الاعلال بأثر رجعى ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد . ونبعث الآن كيف ينقضى وكيف ينحل .

٤٥٧- انقضاء العقد: يجب التمييز هنا بين العقد القورى والعقد الزمنى .

فالعقد القورى ، ولو كان مؤجل التنفيذ ، ينقضى بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات . فالبيع مثلا ينقضى بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسلمه للمعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمنى انقضاءه معقود بانقضاء الزمن ، لأن الزمن كما قلنا عنصر

جوهرى فيه . فالإيجار ينتضى بانتهاء المدة المحددة ، فإذا لم تحدد له مدة انتضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذى يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل (١) .

٤٥٨ - **المحمول المقر** : وينحل العقد قبل انقضائه ، بل وقبل البدء فى تنفيذه فى كثير من الأحيان ، باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون . فالإحلال باتفاق الطرفين هو التقايل (résiliation conventionnelle) . أما الأسباب التى يقررها القانون لإحلال العقد فالحلها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) .

٤٥٩ - **التقايل** : قد يتقايل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد . والتقايل يكون بإيجاب وقبول ، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر فى العقد الأصلى (٢) . والأصل أن التقايل ليس له أثر رجعى ، فيكون هناك عقدان متقابلان . فإذا تقايل المتبايعان البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري ، يعقبه

(١) أنظر فى الإيجار م ٥٦٢ ، وفى الشركة م ٥٢٩ ، وفى عقد السلم م ٦٩٤ فقرة ٢ - هذا وقد يبق العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقتضى به القانون فى ظروف استثنائية ، كما فى التصريمات الخاصة بفقود إيجار المبانى عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد ينتضى العقد حتى قبل انتهاء مدته بموجب أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التصايد ، كما فى الشركة والمزارعة والإيجار الذى تراعى فيه شخصية المتأجر .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التناسخ (التقايل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالتناسخ الضمنى أن تورد من الواقع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفي التناسخ ، وأن تبين كيف تلافى حائتان الإرادتان على حل العقد (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره رقم ٢٢١ من ٤٧٠) . وقضت أيضاً بأن حصول التناسخ من المسائل الموضوعية التى يشغلها الموضوع بتقديرها ، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التناسخ من عبارات وإرادة أو أوراق الدعوى مؤيدة إليه ، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض . فإذا كان كل ما شرطه المشتري لى إيفائه البائع لقبول التناسخ هو عرض اثنين اللغوع مع جميع المعارف والمخلفات عرضاً حقيقياً على يد محضر فى ظرف أسبوع ، وكانت هذه البقرة لا تنل بناتها على أن الإيداع أيضاً فى ظرف الأسبوع كان شرطاً للتناسخ ، وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمكن بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستقلاً فى ذلك لى أن البيع للعرض لم يكن شاملاً الرسوم التى دعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة للشرط الإيداع فى الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ حال بصفة العرض فى حين أن إيداع البيع للعرض لم يتم فى الأسبوع (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٣٠١ من ٦٠١) .

عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع . وقد يراضى المتبايعان على أن يكون للتقابل أثر رجعي ، فيعتبر البيع بهذا التقابل كأن لم يكن . وسواء كان للتقابل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر ، فهو على كل حال ، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل ، عقد ثان أعقب العقد الأول . ويترتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذي حصل التقابل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين ، فالتقابل لا يمس حقوق الغير ، وترجع العين إلى مالكيها الأصليين مثقلة بهذه الحقوق . كذلك يجب تسجيل التقابل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

٤٦٠- إلغاء بارادة منفردة : وقد يحل القانون لأحد المتعاقدين

الحق في أن يستقل بإلغاء العقد . نص القانون على ذلك في عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاوله والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والمدة والشركة .

في الوكالة ، يجوز للموكل في أى وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥) ، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦) .

وفي العارية ، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣ فقرة ٣) ، ويجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة (م ٦٤٤) .

وفي الوديعة ، يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢) .

وفي المقاوله ، نرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣ فقرة ١) . وفي القرض ، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في

أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤) .

وفي الدخل الدائم ، يجوز استبدال الدخل في أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة في ذلك (م ٥٤٦) .

وفي عقد التأمين على الحياة : يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أى وقت من العقد بإخطار كتابى يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م ٧٥٩) . ويجوز له أيضاً ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل . أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م ٧٦٢) .

وفي المبة ، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، وهذا يعتبر تقابلاً . فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ -- ٥٠٣) . والرجوع في هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر المبة كأن لم تكن .

وفي الشركة ، يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، وهذا ضرب من الفسخ . كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م ٥٣١) ، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء (١) .

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي ثلاثة نصوص في إنشاء العقد ، حلتها لجنة الراجعة جيداً في المشروع النهائي لأنها تطبق للقواعد العامة ، ويمكن الاستثناء عنها بالادة ٢١٣ من هذا المشروع (تقابلها للادة ١٤٧ من القانون الجديد) .

وهذه النصوص هي :

م ٢٢٥ من المشروع التمهيدي : لا يجوز إنشاء العقد إلا بأضاق للتأدين جيداً ، وذلك فيما عدا العقود التي تنتهى بموت أحد المتأدين .
م ٢٢٦ من المشروع التمهيدي : ١ - ومع ذلك يجوز أن يتفرد أحد المتأدين بإنشاء -

٤٦١ - **الفسخ ووقف التنفيذ** : وفي العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد ، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب (١). ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يوقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

وتوقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما ، وفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

= العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط العقد أو نص عليه في القانون . ٢ - فإذا كان من أصل الحق في إنشاء العقد قد تسف في استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتصويص .
م ٢٢٧ من المرسوم التمهيدي : إذا أُلغى العقد فلا ينتهي إلا من يوم انحلاله دون أن يكون ذلك أثر رجعي .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « والأسل أن إنشاء العقود لا يقع إلا براضي المتعاقدين ، فيجوز مثلاً إنشاء عقد الإيجار إذا كان بمدة محددة قبل انتهاء الأجل المعلن له بائناً المؤجر والمتأجر على ذلك ، ولكن يجوز أن يقع الإنشاء دون حاجة للتراضي في أحوال ثلاث : أولاً حالة العقود التي تكون فيها شخصية المصالح ملحوظة فاتها كالزراعة ، فيقع إنشاؤها بموت من كانت شخصيته عملاً للاعتبار . والثانية حالة العقود التي يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإنشاء ، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة ، ويكون للمالك الآخر أن يحتج ما يجب له من التصويص عند إسائة استعمال هذا الحق . أما الحالة الثالثة فهي حالة العقود التي ينص القانون بصددها على تحويل حق الإنشاء بإرادة منفردة ، والأسل في هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالسركة والإجارة) ، أو أن تكون ثابتة لنفس بليتها (كالوكالة) ، ويقع الإنشاء في هذه الحالة بالإرادة المنفردة التي خولها القانون ذلك ، في غير إخلال بما يكون للمالك الآخر من حق في التصويص عند الإسائة في استعمال الحق » .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التصنيحية ٢ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ في المجلد) .

هذا ويتبين مما كتبه من مرسوم المرسوم التمهيدي ومذكرته الإيضاحية أن إنشاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشروطاً في العقد ذاته ، لا آتياً من نص في القانون . فيستد من له حق إنشاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق . وهذا ضرب من التقييد يتم بإتفاق لرادتين سابقتين مبرورتين بصدور لإرادة لاحقة . ويشترط فيه ألا يصف صاحب حق الإنشاء في استعمال حله .

(١) والفسخ هو انحلال العقد بأثر رجعي ، ويختلف عن الإنشاء في أنه يتم عادة بمحكم قضائي .

الفرع الأول

فسخ العقد (*)

٦٢٢- الفسخ والمسئولية العقدية: هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية ، فكلما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقلى . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للمائن أن يطلب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما قلنا . وجاز له أيضاً أن يطلب بالتعويض ، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استيفائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه هي المسئولية العقدية التى فصلنا أحكامها فيما تقدم .

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثانى فى بعض الأحوال . إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، فتفتى مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد فى هذه الحالة يفسخ بحكم القانون كما سنرى .

٦٢٣- أساس نظرية الفسخ : وليست نظرية الفسخ بالنظرية التى تبده العقل القانونى ، فيسلم بها بادية ذى بده ، بل هو ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى يأبى التسليم بها . وكان العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض ، ولا تقابل بينها ، كما

(*) بمن المراجع : كاجيان فى السب - مقال ليكار (Picard) وريدوم (Prudhomme) فى مجلة القانون الدلى الفصلية سنة ١٩١٢ م ٦١-٦٠ م ١٠٩ - مقال لبريت (Lohret) فى المجلة الانتدابية سنة ١٩٢٤ م ٥٨١ - مقال لكسان (Cassin) فى مجلة القانون الدلى الفصلية سنة ١٩٤٥ م ١٥٩ - كسان (Cassin) رسالة من برليس سنة ١٩١٤ - مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ - بوايه (Boyer) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ - شيفريه (Chevrier) رسالة من برليس سنة ١٩٢٩ - ليشيه (Lepoitier) رسالة من كان سنة ١٩٣٤ - كونستانتينسكو (Constantinesco) رسالة من برليس سنة ١٩٣٩ - نظرية العقد للؤلف فقرة ٦٢٩ وما بعدها - الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ٣٣٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٨٠ وما بعدها .

قدمنا في نظرية السبب . فلذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ الزامه ، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ ، ولا يستطيع أن يتحطل هو من الزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفحوا لفكرة الفسخ عبالاً ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً . فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن^(١) . وفي الفقه الإسلامي لا يعرف الفسخ نظرية عامة ، وإنما أعطى للبائع خيار التقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسي القديم ، فقالوا يجوز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح ، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائي . وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب في القانون الكنسي على النحو الذي قدمناه ، وقد ربطت فكرة السبب مابين الالتزامات المتعاقبة في العقد الملزم للجائين ، لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتعاقبة تبرز بوضوح على أيدي فقهاء القانون الطبيعي حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها . ولكن القانون المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر في المادة ١١٨٤ على أن الشرط القاسخ مفهوم ضيقاً في العقود الملزمة للجائين في حالة ما إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما في ذمته من الزام . وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضي يجوز فسخ العقد إذا لم يتم المدين بالزامه . أما ذكر الشرط القاسخ فهو مجرد تشبيه حملت عليه الاعتبارات التاريخية التي قدمناها .

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط القاسخ الضمني . ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالزامه يتحقق الشرط فيفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق ، ولقاضي حق التأخير فيجب طلب الفسخ أو رفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوق الحكم بالفسخ ، والدائن أن يدل على المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذي سنفيه

فيما على (١) .

ولا نجمل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ . كما تذهب جمهرة الفقهاء . ونؤثر ، كما بينا في نظرية السبب ، أن نجمل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdependence) ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود للالتزام للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام ، وهذا هو النفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام ، وهذا هو الفسخ (٢) .

٤٦٤- ملاحظة البحث : والفسخ يكون بحكم القاضي ، وهذا هو الأصل . وقد يكون باتفاق المتعاقدين . ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ، ويسمى عند ذلك انقضاءً .

فنحن نبحث : (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انقضاء العقد بحكم القانون .

المبحث الأول

الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥- مسائل مطروحة : نتكلم في مسائل ثلاث : (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر .

المطلب الأول

شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦- انصوص القانونيين : نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني

(١) ومن ثم ترى أن استعمال عبارة «الشرط الفاسخ الضمني» و «الشرط الفاسخ الصريح» ، اللتين طرحت كثيراً في لغة القضاء المصري وخاصة في لغة محكمة النقض ، ليس بالتعبير الدقيق .

(٢) طرن نظرية العقد المؤقت بقرة ٦٢٣ .

الجليل على ما يأتي :

١ - في العقود الملزطة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى .

٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة (١) .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الموضوع . وقد كان القانون القديم ينص في المادتين ١١٧/١٧٣ على ما يأتي : « إذا امتنع المدين من وفاء

(١) تلخّص المص : ورد هذا النص في المادة ٢١٨ من المرسوم التمديدي على وجه يكاد يكون مطابقاً . وأقر في لجنة المراجعة مع تعديلات فنية طفيفة بطله مطابقاً ، وأصبح رقم المادة ١٦١ في المرسوم النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلتجئة القانون للدق بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧ ، فجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣١٩ - ٣٢٢) . وقد جاء في المادة الإيضاحية للمرسوم التمديدي في هذا الصدد ما يأتي : « يفرض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يختلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فطلب الآخر فسخه ، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به . ويقع الفسخ بناء على حكم قضائي أو بقرائن المتعاقدين أو بحكم القانون . وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال . ففي حالة الفسخ القضائي يختلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ، ويكون المتعاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون له أعنف للدين من قبل . فإذا اختار المتعاقد بتنفيذ العقد وطلبه ، وهو يستغل في حدود الإمكان ، كما هو محتمل ، فمن أن يستجيب القاضي لمثل هذا الطلب ، ويجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ ، فلا يبرر القاضي على إيجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر للدين إلى ميسرة إذا طلب الظفر ، مع إلزامه بالتعويض عند الانتهاء ، بل ويجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تمويض المدين عما تخلف عن تنفيذه إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام . على أن القاضي أن يوجب المدين للطلبه ويقضي بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة عمل قلق . ولا يكون الصلح ذاته ، في حالة الفسخ ، أساساً للالتزام بالتعويض إذ هو ينعدم اعتماداً لما يستند إليه بطل الفسخ ، وإنما يكون مصدر الالتزام في حصة المالك خطأ المدين أو عهده . على أن القاضي لا يحكم بالفسخ إلا جواً بشرط ثلاثة : أولاً أن يظل تنفيذ العقد ممكناً ، والثاني أن يطلب المدين فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث أن يبقى للدين على تحقظه ، فيكون من ذلك مبرر للفسخ بالفسخ . فإذا اجتمعت هذه الشروط تحققت بذلك ما ينسب للمدين من خطأ أو عهده . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٢٧ - ٣٢٨) .

ما هو ملزم به بالتأم ، فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقم المدين بوفائه فقط .

على أن نص القانون الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً . ومنه يتبين أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد ، اثنين منها يصرح بهما النص ، والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ . وهذه الشروط هي : (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة ، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

١٨ - لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين

٤٦٧ - العقود الملزمة للجانبين هي وعدها التي يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، الفسخ والاذعان والقانونى : أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام فى جميع أنواع الفسخ . سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ذلك أن الفسخ ، بأنواعه الثلاثة ، مبنى على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قلنا . وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التى ينشأ عنها التزامات متقابلة . فهى وحدها التى تتوافر فيها حكمة الفسخ .

وقد قلنا عند الكلام فى تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد أن بعض العقود التى كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد فى عهد القانون المدنى القديم . كالعارية والقرض وذهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ . وقلنا أن الفقهاء اختلفت فى أمر هذه العقود مذاهب شتى . فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ . ومنهم من يقره ولكن يسميه إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution) . ومنهم من يقره على أنه فسخ ويلزم إلى أن حق الفسخ يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد . وعندنا أن الفسخ جائر فى هذه

العقود لأنها عقود ملزمة للجائين حتى في عهد القانون المدني القديم ، وقد سبق لنا بيان ذلك .

أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد . كالوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض . فقد قلنا أنه لا يمكن تصور الفسخ فيها ، فإن طرفاً واحداً هو الملزم ، فإذا لم يتم تنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أي التزام يتحمل منه بالفسخ ، بل مصلحة هي في أن يطلب تنفيذ العقد .

٤٦٨ - وكل العقود الملزمة للجائين يرد عليها الفسخ : وإذا كانت

العقود الملزمة للجائين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ ، فإن الفسخ من جهة أخرى يرد عليها جميعاً . وسرى أن العقد الزمني يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ في العقد الفوري .

وقد كان القانون المدني القديم يستثنى عقداً واحداً ملزماً للجائين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة . فكانت المادتان ٤٨٠/٥٨٨ تنصان على أنه : يجوز لصاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المفق عليها (١) . فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أغل المدين بالتزامه ، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العملي ، فيبيع من أموال المدين ما يكفي ربح ثمنه لأداء المرتب المفق عليه . وقد كنا انتقدنا هذا النص في عهد القانون القديم (٢) ، ورأياه نصاً غريباً يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر . وقد نقله المشرع المصري عن المشرع الفرنسي (٣) .

(١) أنظر أيضاً المادة ١٩٧٨ من القانون المدني الفرنسي ، وهي لا تمنع الفسخ إلا في حالة عدم الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة في نص القانون المصري القديم .

(٢) أنظر نظرية العقد للأولف فقرة ٦٢٨ .

(٣) وبمثل الفرنسيين النص الذي ورد في قانونهم بتبليغ كل منها عمل فتنظر : (الأول) أن عقد الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمالي . فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعطاء العملي للأسف ، وأمكنه الثاني أن يرد إلى الدين ما قبضه من الإيراد ، فإنا يسقط الدين ؟ إذا أكنى باسترداد رأس المال ، يكون قد حرم من جزئه من الفكة المدة التي بقي فيها رأس المال عند الدين هو =

ومن أجل ذلك ورد القانون المدني الجديد قاطعاً في هذه المسألة ، وقد رد عقد الإيراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة . ولم يمنع فيه الفسخ ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه : « إذا لم يحم المدين بالتزامه » كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فإن كان العقد يعرض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل » .

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يحم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلاً ، ، وإنما يطالب المتقاسم الذي أحل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام . ويريد القضاء الفرنسي من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم تقضى القسمة بالفسخ (١) . وهذا القضاء أيضاً محل للنظر . والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضي ، وهو الذي يقرر المصلحة الراجحة فيقضى بالفسخ أو لا يقضى ، وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (٢) .

٢٥ - لا يكون الفسخ إلا إذا لم يحم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ - **عزم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي** : إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته لسبب أجنبي ، فإن التزام المدين يقضى فيقضى الالتزام

الفرق ما بين غلة رأس المال جبهه وغلة القروض من الإيراد . وإذا قيل إن المدين يتفق ما يقضيه من الإيراد ولا يسترد من رأس المال إلا بقية ما تبقى من عمره إلى ما أخفى منه منذ قبض الإيراد ، نصرت مرفقاً لما في من عمره إذ ليس قانون الاحتمال أثر في حدث فردى — ولم يحم هذا التليل مقصاً ، فمن السهل عند فسخ العقد أن نجعل المدين يرد ما يقضيه من الإيراد مع فوائد القانونية ويسترد رأس المال مع فوائد القانونية ، وبذلك يند كل متعادل إلى حاله الأصلية قبل التصاقد (ظن ما أوردناه في هذا المصوم في نظرية العقد من ٦٨٤ حاشي رقم ١) . (والتليل الثاني) أن المدين يكون عادة في حاجة إلى الإيراد يؤثره على رأس المال ، فيه حين الحاجة وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال ، ويخضع بضيق عليه ذلك — ولكن هذا التليل هو أيضاً غير متفق ، فإن الفسخ إنما يكون جائزاً للمدين لا واجباً عليه ، فإليه إذا رأى المصلحة في عدم الفسخ إلا أن يسل عنه إلى طلب التنفيذ ، ويطلب الفسخ إذا كان في مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر خفاً .

(١) نفس فرنسي في ٩ مايو سنة ١٨٣٢ سيرة ٣٢ — ١ — ٣٦٧ .

(٢) على أن القضاء الفرنسي ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ في عقد القسمة (نفس فرنسي في ٦ يناير سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦ — ١ — ١٦) .

المقابل له . وينسخ العقد بحكم القانون . وهذا ما سنعرض له بعد قليل .
ومن ذلك نرى أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب أجنبي خرجنا من نطاق النسخ إلى نطاق الانقضاء (١) .

٤٧٠- **عدم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين** : فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ المعنى أصبح مستحيلاً بفعل المدين ، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد . وقد رأينا أن المسؤولية العقدية تتحقق أيضاً في هذا الفرض ، فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية .

٤٧١- **عدم التنفيذ الجزئي** : وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً - ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيماً - فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرم الحكم بالفسخ ، أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكثلة التنفيذ . فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ ، بقى عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر . ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الالتزام .

٣٤- لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه

وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢- **وجوب أنه يكون المرائية مستعداً للقيام بالتزامه وأنه يكون**

من الممكن إعادة الشيء إلى أصله : ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ

(١) أنظر في هذا التي عمدة مصر الوطنية في ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٧ - قض فرنسي في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٥ بونية سنة ١٩٢٠ -
طرن نظرية العقد لفرولف ص ٦٨٥ حلتش رقم ١ والمراسج للشر إليها في هذا المكان .

مستعداً لقيام بالتزامه الذى تشأمن العقد الملتزم للجانبين . فليس من العدل أن يحل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام . أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ بحكم القانون افساخه فيما إذا كانت الاستحالة فى جانب المدين . ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد ، وباعه من آخر . فالتزامه بالضمان يجرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن يزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان . وسرى فى العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود ، فليس من الضروري إذن المطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه .

أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠) . وسيأتى بيان ذلك .

المطلب الثانى

كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣-— يعتبر المبرم: قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن، حتى يطالب بفسخ العقد ، ينفذ المدين مطالباً بإياه بالتنفيذ . ولم يكن فى القانون القديم نص على الإعذار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته (١) . على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً (٢) .

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر فى أمرين : (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ . (٢)

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى أول أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص ١٢٩ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ .
(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٩٥ ص ٢١٦ —
محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٤ .

ويجعله أقرب إلى الحكم على المدعى بتعويض فوق الحكم بالفسخ (١).
ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدعى قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدعى
كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير
مجد بفعل المدعى بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو
امتناع عن عمل شيء وعمله المدعى (م ٢٠٠).

٤٧٤ - ضرورة الحكم بالفسخ : ولا بد من دفع دعوى وصدور حكم
بفسخ العقد . ونص المادة ١٥٧ من القانون الجديد صريح في هذا المعنى ،
وقضاء المحاكم في عهد القانون القديم مضطرد في وجوب صدور حكم
بالفسخ (٢) .

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق .
ففي الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانقضاء بحكم القانون) يكون الحكم
مقررًا للفسخ لامنتهًا له ، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منتهى للفسخ
ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف ، وإذا رفع
الوصى دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة الحسبية كانت الدعوى غير مقبولة (٣).

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٠ ص ٢٥٠ .
(٢) قضت محكمة النقض بأنه من اللزوم عليه قضاء أن الشرط الفاسخ الضمني ،
كالتأخر عن دفع الثمن في ميعاده ، لا يقتضى بطلان الفسخ ، بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائي
بذلك ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر
سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف
لوطية في ٩ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٠
المطالبة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢
ص ٢٦٢ - وفي ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢
ص ٢٨ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٣٧ - وفي ١٩ يناير سنة
١٩٢٦ م ٢٨ ص ١٨٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ .

(٣) استئناف مصر في ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المطالبة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١ .
وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرط الضمي يختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط
الفسخ الضمي لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي ، ولقاضي أن يجهل المدعى
حتى يدرج دعوى الفسخ عليه ، بل المدعى منه له أن يتنازل الفسخ بمرض دينه كاملاً قبل
أن يصدر منه حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما يقتضى به المادة ٢٣٤
من القانون المدني (القديم) موجب لفسخ حتماً ، فلا يملك منه القاضي إيهاله المشتري بالتخلف عن
أداء الثمن ، ولا يعطيه المشتري أن يتنازل الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ =

٤٧٥- **الجدال بين الفسخ والتفويض** : فإذا مارفح الدائن دعوى الفسخ ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتفويض . وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ إلى طلب التفويض . كما أنه إذا رفع دعوى التفويض فله أن يعدل عنه إلى الفسخ (١) . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتفويض في طلب واحد (٢) . كل هذا مالم يكن قد نزل عن أحد الطرفين ، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب

عليه متى كان قد سبقها التنية الرسمي إلى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنية إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنية ولا إنذار . وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أهدت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء يحجزه من الثمن كان البائع عتقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود البيدلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فحالت إلى الفسخ كان متفقاً عليه جزاء لتخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشتري فهو محرم

حق البائع في الفسخ نزولاً على الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة ٣٣٤ مدني (قديم) ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المتأخذ لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لمحكمها ، لحكمها هنا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متباينين لا يمكن أن يلوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطي الفسخ الصريح والضمني شيعاً وحكماً ، وهذا تطرف في أسباب الحكم يبيح ويستوجب نقضه (قضى مدني في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ من ١٥٥٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بيح الفسخ فحق نقضه على الشرط الضمني ، ثم جاء الحكم الاستئنافي مقلداً من ناحية على قيام شرط فسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الطرفين عن حكم الآخر (قضى مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ من ٣٥٠) — على أنه قد يجتمع الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق في عقد واحد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البيع محروماً مما يتوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وبقوله من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه ، فإن تضييعها لا غبار عليه (قضى مدني في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ من ٧٥٠) .

- (١) استئناف مخطوط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ١٣٧ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ من ١٨٧ .
- (٢) استئناف مخطوط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٨٨ .

منهما تزولا منه عن الطلب الآخر (١) .

والمدين كذلك ، قبل التعلق بالحكم النهائي ، أن ينفذ التزامه فيجنب
القسخ (٢) . ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك

(١) ولحكمة الموضوع أن تقرر هل تعتبر البذل التي صدرت من المدين تزولا عن أحد
الطلبين ، كما إذا قدم في توزيع المال المدين ويراد أن يقيم من ذلك نزوله عن القسخ : قض
فرنسي في ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيرة ٤٠-١-١٢١- وكما إذا رضى ببيع مدين
للمتري منه فترد بذلك عن حقه في المطالبة بفسخ البيع الأول : قض فرنسي في ١٥ مارس
سنة ١٩٠٩ سيرة ١٩٠٩-١-٣٩١- وكما إذا أجرى للمتري إصلاحات في القار
التي اشتراها فترد بذلك ضمنا عن حقه في طلب فسخ البيع : استئناف مخطط في ٣ أبريل سنة
١٩١٢ م ٢٤٩- وكما إذا طالب بالبيع المتري بدفع الثمن واتخذ إجراءات تنفيذية فلك
فترد ضمنا عن القسخ : استئناف مخطط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩٠ و ٩٦ و
سبقت الإشارة إليه - وكما إذا قدم البائع كدائن بالثمن في خلية المتري فلا يجوز له
طلب استرداد الشيء المبيع بعد ذلك : استئناف مخطط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠
س ٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يوجب للاستأجر أن يمنح المحكم بفسخ
الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المتفق قبل صدور الحكم النهائي (٢٣ يناير سنة
١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٨٣) . وقضت بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع
لعدم قيام المتري بدفع ثمن البيع ، فلمشتري أن يتشارك فسخ البيع بمرض الثمن ، ولو بمسئ
صدور الحكم عليه ، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده
استئنافاً . وهذا الحق الذي للمتري يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم به
حكمت ، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالقسخ ، لأن قبول التماس يبيد إلى المصوم حقوقه التي
كانت لهم قبل صدور الحكم للقروض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩-
أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤
رقم ٤٢ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٩/٢ - محكمة
الاستئناف المخططة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤) - على أن كثيراً من أحكام
القضاء المختلط كان ينبغي أن يعكس إلى عكس ذلك ، ولا يجعل المدين يتجنب القسخ بأن ينفذ التزامه قبل
صدور الحكم النهائي : استئناف مخطط في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩٠ س ٥٨ - وفي
١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩٠ ص ١٠١ - وفي ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩
س ٤٧ - وفي ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١ . ولكن محكمة النقض حسمت
الأمر ، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذي تضمنه العقد شرطاً طعناً ضامناً ، فلمشتري - لي
أن يصدر الحكم النهائي بالقسخ - الحق في توقي القسخ بدفع الثمن - وإذا كان المتري
يرض على البائع بالثمن إلا عند رضه الاستئناف عن الحكم الصادر بالقسخ ، فمن الحق أن
تعمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات التدرجين في حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو
كان محملاً في طلب القسخ حتى انتهاء المتري بهذا الرض ، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا
بمصرفات الاستئناف إلى وقت حصول الرض (قض مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة
عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) .

عمل للحكم بتعويض اللاتنفيذ عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون اللاتنفيذ قد أعلنه المدين قبل رفع الدعوى ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

كذلك القاضى ليس محتماً عليه أن يحكم بالقسح . بل إن له في ذلك سلطة تقديرية . فقد يحكم بالقسح إذا رأى الظروف تبرر ذلك . وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه (١) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض القسح إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة » . وما يحمل القاضى على الحكم بالقسح أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً رغمًا من إقرار اللاتنفيذ له قبل رفع الدعوى (٢) . وما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة كما يقول النص (٣) . وما يحمله على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون اللاتنفيذ يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر (٤) ، أو أن يكون الضرر الناتج

(١) محكمة الإسكندرية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المصبوعة الرسية ١٨ رقم ٩٤ — محكمة طنا الكلا في ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجلد ٢ رقم ١٣٥ ص ٤١٨ — ستشاف مخطوط في ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ — وفي أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ — ومع ذلك أنظر استشاف مخطوط في ١٨ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٠ — ولكن القانون الجديد صريح في جواز عدم استجابة القاضى لطلب القسح وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه .

(٢) أو أن يكون القسح مشروطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد ستشاف مخطوط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم ينفق على شرط قسح صريح ، وكان القسح مقابلاً على الشرط القاسح القضى ، فإن محكمة الموضوع عملاً برفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من تلك الشأن بحيث لم يكن يتأهل في قصد المدين قسح العقد . وسلطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا مقب عليها (تتضمن في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨) .

(٤) استشاف مخطوط في أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ (ولم يتسلم المشتري السندات ، ولكن ذلك لم يصبه ضرر ما وكان في إمكانه تسليمها) — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٨ (أراد البائس لأرضي ابتهاج فرصة أن المشتري تأخر قليلاً عن دفع جزء من ثمن البيع المفقدة بيد أن ارتفع عن الأراضى) .

أصحاب الدائن إنما يجرم عن فعله هو لا عن فعل المدين (١) . ولا يمنح القاضي أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعلنه قبل رفع الدعوى (٢) . وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة ، وليس له أن يعتصمها ، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى (٣) . ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك (٤) . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد - طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ - في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين

(١) وإذا كان هناك خطأ في جانب كل من الطرفين ، فقد يدعو ذلك القاضي إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض (استئناف مخطوط في ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦٠٨٠) . وقد يعطى المدين في غير العقد فيما آخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه ، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية في أول فبراير سنة ١٩١٣ جازت ٣ ١٧٣ م ٩٠) .

(٢) فلقاضي إذن سلطة التقدير ، فله أن يفسخ العقد ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . وسلطته هذه مسألة موضوعية لا متبعية عليها من محكمة التقاضي . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع في صدور كتابة الأسباب لفسخ العقد أمر موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض . فلا تثار عليها إذا ما رأيت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ العقد ، وينتج الأسباب التي استندت إليها في ذلك (قضى مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ م ٥٦٦) . وقضت أيضاً بالألا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً للفسخ حتى إذا كانت صيغة صريحة ذلك على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به ، بل هو يخضع لتقديره . فلقاضي ألا يحكم بالفسخ ، وأن يمكن الالتزام من الوفاء بما تعهد به حتى يرد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ (قضى مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ م ١٠٨٦) . وقضت أخيراً بأنه لا كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يرضى به ، إنما حوله سلطة تقديرية ، فله أن يحكم به ، وله أن يعطى المدين مهلة لقيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (قضى مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ ملحق رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أنظر أيضاً قضى مدني في ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ م ٤١٩ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ م ٧١٢) .

(٣) على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لأن دعوى بالفسخ (قضى فرنسي في ٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازت دي ياليه ١٩٢٩ - ١ - ٤٩٧) . (٤) قضى مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ ملحق رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية وقد سبق الإشارة إليه - استئناف مخطوط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤٠ م ٧٣٠ .

إلى أجل مقبول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا امتدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (١) .

٤٧٦ - نظام دعوى الفسخ : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإقرار ، طبقاً للقواعد العامة في التقادم المسقط . وهنا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (٢) .

المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر

٤٧٧ - النص ص الفانونية : نصت المادة ١٦٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (٣) » .

(١) ونرى من ذلك أن القاضي يجوز له أن ينظر للدین إلى آجال ، أملاك أجل بعد أجل ، إلى أجل واحد .

(٢) ووجود بين الفسخ والإبطال ، إلى جانب هذا الفرق ، فرق آخران : (١) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى عيب في الأهلية أو عيب في الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تدمير القاضي كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فلقاضي ليست له سلطة تقديرية ولا يحكم إلا بالإبطال .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - « إذا فسخ العقد أعيد للمتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا كاز ذلك مستحيلا استبدلا به تعويضا مائلا » . ٢ - « على أن فسخ العقود النافذة للملكية لا يضر بالتبر حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ » . وفي لجنة للراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاء بورود حكما في نص عام في التسجيل هو المادة ١٣٧ ، وأدخلت تعديلات قضائية على البقرة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فصاروا كالآتي : فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض مائلا » ، وأصبح رقم المادة ١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة « مائلا » الواردة آخر النص فيما لبسها الانهاء إلى تحرير حكم بخالف القواعد العامة في التعويض ، وأصبح رقم المادة ١٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٢٢٦ - من ٢٣٣) . =

ويلاحظ أن هذا النص عام ، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضى بفسخ العقد فإن العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعى ، ويعتبر العقد المنسوخ كأن لم يكن ، ويسقط أثره حتى فى الماضى . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد منسوخ ولا ينشئ الفسخ . فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ بحكم القاضى ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ وأن يكون له أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة حكم منشئ . ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

٤٧٨ - أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : ينحل العقد ويعتبر كأن

لم يكن . وتجب إعادة كل شئ إلى ما كان عليه قبل العقد .
فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المبيع بشمراته والثمن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (١) . واسترداد كل متعاقد لما

= وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى هذا الصدد ما يأتى : ويترتب على الفسخ قضائياً كأن أو اتفاقاً أو قانونياً ، انعدام العقد اضداداً يستند آثره ، فيعتبر كأن لم يكن . وهذا يعود المتعاقدين إلى الحالة التى كانت عليها قبل العقد فترد كل منها ما تسلم بمقتضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه . وإذا أصبح الرد مستعجلاً وجب التوضي على المزم وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق . وسع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تفرض فى فسخ العقود الناقصة للملكية الغارات ، فمن على أن هذا الفسخ لا يضر بالتبر حسن النية إذا كان قد تلقى من المالفد الذى آلت إليه ملكية العقار بمقتضى العقد المنسوخ حلاً على هذا القرار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٢٧٥ من المشروع) . ومؤدى هذا أن ينال حق التبر دائماً ، ورد القرار متقلاً به ، رغم فسخ العقد الناقل للملكية . ونفى عن البيان أن هذا لا يستثناء يكفل قطعاً مقولاً من الحماية للغير حسن النية ، وجهي بذلك لطليل ما يخلق به من سباب الاستقرار . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٢٩) .

(١) هنا وقد تضمن المشروع التميدى نصاً ، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، ويخص إذا أغل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتبين على كل من المتعاقدين =

أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق، كما رأينا في البطلان. ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله (١).

وإذا بنى المشتري أو غرس في العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤ - ٩٢٥)، ويعتبر المشتري في هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكماً به له أو عليه (٢).

وإذا هلك المبيع، وكان المشتري هو الذى يطالب بالفسخ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا، ولكنه يستلج المطالبة بتعويض على أساس المسؤولية العقلية. أما إذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ، وهلك المبيع في يد المشتري، فإن كان الهلاك خطأً المشتري حكم عليه بالتعويض، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض كما رأينا. فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان، وجب القول بأن المشتري وقت ن تسليم المبيع، والعقد قائم لم يفسخ، كان حسن النية، فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما إذا انتفع بأقراض منزل في بناء منزل آخر. وللبائع أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آل إليها دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبي، فخير له في هذه الحالة أن يستبقى البيع، فيطالب بالثمن، وبذلك يتحمل المشتري تبعه الهلاك (٣).

== أن يرد ما استولى عليه، جزئاً لكونه من قبيل ما أخذ ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تلزمه، أو يقدم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس. وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبق القاعدة في حق الحبس: (نحو الأعمال التصديرية ٢ من ٣٣١ في المجلد) — فإذا اعتبرنا أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب في ذمته بسبب التزام المشتري برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م ٢٤٦)، كان لسلك من الطرفين أن يجبر ما يده حتى يسترد ما يده الآخر. ويكون هذا صحيحاً أيضاً في حالة البطلان.

(١) استئناف مخطوط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٢٨٤.

(٢) استئناف مخطوط في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ من ٧٠ — وفي ١٨ ديسمبر سنة

١٩٢٣ جزيت ١٤ رقم ٢١٨ من ١٣٨ — على عيسى بلها في البيع خثرة ١٦٤٨ — محيب اللال بلها في البيع خثرة ٧٠٠ من ٤٨١.

(٣) فزون نظرية العدد للزائف خثرة ٦٠٦ — وإذا استبقى المشتري البيع في يده بعد فسخ البيع ولم يجلبه فأمسح به النية، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي، وجب على المشتري أن يرد =

والدائن الذى أجب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه، لإهمال أو تهملاً^(١). والتعويض هنا يبنى على المسؤولية التصهيرية لا المسؤولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ، ويستر المقدمات واقعية مادية لا عملاً قانونياً كما فى البطلان. أما العاقد الذى لم يتم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب بالتعويض^(٢) . وإذا كان ما طلبة الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه ، جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كما قلنا ، لأن العقد فى هذه الحالة بقاءً قائماً ولم يفسخ . فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، إما مع بقاء العقد على أساس المسؤولية العقدية ، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسؤولية التصهيرية . وهذا هو ما عتته الفقرة = الباتمة لينة للبيع وقت الملاك ، إلا أن يثبت أن البيع كان يملك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤) . وهنا هو الحكم فى استرداد ما دفع دون حق إذا ملك فى يد من تملكه وهو سىء البتة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه « يفسخ حيناً عقد البيع باستحالة تنفيذه، يستوى فى ذلك أن تكون الاستحالة بتحصير المشتري أو بتحصير البائع . ولا يبنى به إلا الرجوع بالتضمينات من أحد المدينين على الآخر . فإذا كان المشتري قد أفسد البائع له وكفاه بالمضور أمام اللوق لتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التالف فيها يقوم الحكم فيها على عدم رضى راسى قابل للتجديد ، ويجب سطر الدعى عليه وتسوية لم يحكم نهائياً للدعى إلا بعد نزع الملكية جبراً ووسو مزاده بالتفصل على الثابتين المرتين ، فإن هذا يمكن لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشتري للبائع رسياً بالوفاء بالتزامه ، مما يفسخ به البيع حيناً من تلرخ نزع الملكية ، ويجعل الباتمة مثولاً من النتائج التى ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات . فإذا حكمت المحكمة فى هذه الحالة برفض طلب المدعى بالتضمينات ، واسترداد ثمن البيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بحجة التالف مع سقوط هذا الحكم لخروج البيع جبراً من ملك الباتمة ، كان حكماً غلطاً متيناً تحته » (نقض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢) .

والحكم فيما قضى به صحيح ، لأن الباتمة فى القضية هو المضر بعد أن كلف بالوفاء رسياً ، ولم تلرخ الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف . والعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض . ولكن الذى يؤخذ على الحكم أنه قرر فى قاعدة عامة أن العقد يفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تحصيل المشتري . وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تحصيل المشتري ، كان للبائع أن يطالبه بالتعويض إما على أساس المسؤولية العقدية ، وفى هذه الحالة يبقى العقد قائماً ، وإما على أساس فسخ العقد مع التعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد الطرفين لا يجعل له الحق فى المطالبة بتعويض (نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ بمجموعة ع. ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠) .

الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن اللذان أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ومع التصويض في الحالين إن كان له مقتضى .

وإذا كان العقد زمنياً ، كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعي ، لأن طبيعة العقود الزمنية تستضي على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته ، فالزمن مفقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه^(١) . ويترتب على ذلك أن المدة التي انتقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محظوظة بآثارها ، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة اثنى المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التصويض^(٢) ، فيبقى لها ضمان امتياز المؤجر^(٣) .

وليس فيما قررناه إلا تطبيق للقواعد العامة . وقد نحرنا أن نطبق هذه القواعد في حالة الفسخ كما طبقناها في حالة البطلان^(٤) .

٤٧٩- أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير: ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر

رجعي أيضاً . فإذا كان العقد بيعاً ، وباع المشتري العين إلى مشتر ثان أو

(١) أنظر في هذا للمؤلف رسالة الدكتور عبد الحمى جبارى في عقد للمدة من ١٨٩٠ - ٢٠٠ ، وما أشبهه من أحكام الفاضل الفرنسي والمصري ومن أقوال الفهاء . وطعن نظرية العقد للوقت مرة ٦٥٦ - وطعن أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ يولية سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٩٨ من ١٣١ .

(٢) أنظر في تقرير التصويض عن فسخ العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحمى جبارى في عقد للمدة من ٢٠٠ - من ٢٠٩ .

(٣) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمني ، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال ، ويكون التصحيح عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال توسعاً لا أجرة ، فلا يكفه امتياز المؤجر ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في البطلان .

(٤) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية ، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد . فإذا اقتصرت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضاً ، لأن الطلب يكون مبنياً على التزام شخصي هو رد ما تملكه الدين دون حق كما قلنا .

ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل المالك في مقام الدائن المتأخر من الناحية العملية . ذلك لأنه يترتب ما أعطاه دون أن يشترطه فيه بقية دائي الدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، يمكن ما إذا انصرف على طلب تنفيذ العقد ، فإنه يصح في هذه الحالة كفية المالكين ، ويشترط هؤلاء مع شركة فرما . فدعوى الفسخ والمقاصة والمحق في الحبس وحقوق الامتياز ، كل هذه تخضع غرضاً عملياً واحداً .

رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه ، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق .

على أنه يجب ، للوصول إلى هذه النتيجة ، تسجيل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان . وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه « يجب التأشير في هامش سجل المهررات واجبة الشهر بما يقدم ضلها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي قمعه المهرر وجوداً أو صحة أو فزاداً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإنهاء أو الرجوع . فإذا كان المهرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى » . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتلاء من تأريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، فإن حقه يزول بفسخ العقد ، سواء كان سيئ النية أو حسن النية . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، بأي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، فإن حقه يزول إذا كان سيئ النية ، ويبقى إذا كان حسن النية .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، هو المادة ١٠٣٤ ، وتقضى بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إسقاط سند ملكيته أو فسخه أو إنفاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ويصير هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التي وردت في المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري .

وقد سبق بيان كل ذلك في البطلان ، والفسخ مثل البطلان في الأثر .

المبحث الثاني

القسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠- النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٨ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

« يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يبنى من الإضرار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١) . ولا يقابل هذا النص في القانون القديم إلا نص ورد في عقد البيع ، هو المادتان ٢٣٤ / ٤١٦ ، جرتا على النحو الآتي :

« إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يبلغ المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي » .

ولم يستحدث القانون الجديد في هذا الصدد شيئاً إلا أنه عمم القاعدة التي

(١) تلزم النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٩ من المرسوم التمديدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بعض خلافات لفظية . وأقرته لجنة الرابطة تحت رقم المادة ١٦٢ من المرسوم النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بصيغتين لفظية . مطابقاً لنص المرسوم في القانون الجديد ، تحت رقم المادة ١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٢٢ - ٣٢٣) .

وجاء في الذكرة الإيضاحية للمرسوم التمديدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما القسخ الاتفاقى فيقتضى اتفاق المتعاقدين على وقوع القسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائي عند التنفص من الرتبة . وغنى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان المالك من ضمانين : (أ) فالتدفع يفسخ حتماً دون أن يكون لهذا المالك ، بل ولا للفاصل ، خيار بين القسخ والتنفيذ . (ب) يقع القسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للقبض . على أن ذلك لا يخلل الدين من ضرورة التراجع إلى القضاء عند منازعة الدين في واهمة تنفيذ العقد . بيد أن مهلة التفاوض تقتصر ، في هذه الحالة ، على اثبات من هذه الرتبة ، فإذا تحققت لديه صحتها أتى على العقد ، وإلا قضى بالقسخ . على أن حرمان الدين من ضمان الضمانين لا يسلط عنه حصة أخرى ، تتمثل في ضرورة الإضرار ، ما لم يقق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٢٤) .

وردت في عقد البيع ، وهذا ما كان القضاء المصري يجري عليه من قبل دون حاجة إلى نص .

٤٨١ - متى يكون الإغناى على النسخ - التراجع في هذا الإغناى:

قد ينقضي التعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فلذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلا - ويقع ذلك غالباً في ثانيا إجراءات التقاضى بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلته المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم في الدعوى - كان هذا بمثابة تقابل ذى أثر رجعى (١) . ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك توافق بين المتعاقدين للإصرار بحقوق الغير (٢) . ولكن الغالب في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد .

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد . فأدى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . بل قد يتدرجان في القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى اللزوم فيعتقدان على أن يكونا لعقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار .

ونبحث الآن في حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين في ذلك بما جرى عليه القضاء في عهد القانون القديم ، إذ لم يغير القانون الجديد من ذلك شيئاً كما قلنا .

٤٨٢ - الإغناى على أنه يكونه العقد مفسوخاً: حكم هذا الشرط يتوقف

على نية المتعاقدين . فقد يكونان أراداه تخمين الفسخ إذا أخل المدين بالتزامه ،

(١) استئناف عخط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ م ٢٣ .

(٢) استئناف عخط في ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٢١ م ١٢٦ - وهذه هي الدعوى البوليسية . أما إذا كتب الغير حفا عينيا قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية ، فإن حقه يبقى تاماً قبل إتمام إتمام بلزوم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك توافق ، وقد تقدم بيان ذلك .

فيتحتم على القاضى فى هذه الحالة أن يحكم بالفسخ . ولكن هذا لا يبنى
عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعذار (١) .

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا
النحو . والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا فى
ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعلم التنفيذ . وعلى ذلك لا يبنى
الشرط عن الإعذار ، ولا عن الاتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ . ولا
يلب القاضى سلطته التقديرية ، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ ، وله أن
يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل
هو لا يلب المدين حقه من توقي الفسخ برفع الثمن إلى أن يصدر الحكم النهائى
بالفسخ . وهذا هو ما قررتة محكمة النقض فى أحكامها الأخيرة . فقد قضت
بأن شرط انسخ لا يعتبر صريحا فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم)
إلا إذا كان يفيد انقضاء عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تعهد المشتري
بأداء باقى ثمن البيع فى ميعاد عينه : فإن لم يؤده فى هذا الميعاد كان للبائع
الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديدا للشرط الفاسخ
الضمنى المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ من القانون المدنى (القديم) (٢) .

٤٨٣ — **الانحياز على أنه يكونه العرف مفسر فاسم تلقاء نفسه (de plein droit) :**

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧
ورقم ٢٩ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ ورقم
٥٨ — استئناف مخطط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ م ٣٣٣ — وفى ٢٧ يناير
سنة ١٩٣١ جلزيت ٢٢ ورقم ٢٦٥ م ٩٣١ — وتكون استئناف مخطط فى ٥ يناير سنة
١٩٢٦ م ٣٨ م ١٠٩ .

(٢) نفس مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ ورقم ٢٥ م ٥٨ — وقضت
محكمة النقض أيضا بأن الشرط الفاسخ لا يتخى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالتزام
إلا إذا كانت صيغته صريحة ذلك على وجوب الفسخ حتما عند تحققه . ولا كانت عبارة العرف
الولادة فى نهاية عقد الصلح ، وضها إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح أو أحدها
فيكون البيع لاغيا لا تخد الملى الذى يذهب إليه الطاعنان ، بل ما هو إلا ترديد للعرف
الفاسخ الضمى المقرر بمحكم القانون فى العقود للزمتة الجانبين (نفس مدنى فى ١٢ يناير سنة
١٩٥٠ ملحق رقم ٨٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — أنظر أيضا محكمة الاستئناف الوطنية فى
٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة ١ م ٨٣ — وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية
٢٩ رقم ١/١٢٦ — استئناف مخطط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٢٦) .

ويفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ، ولا يحكم إلا بالحكم بالفسخ . فيصبح الحكم بالفسخ معتمداً كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط لا ينفى عن إعتبار اللذين ، ولا عن رفع الدعوى بالفسخ . ويكون الحكم منشأ للفسخ لا موقراً له ، كما هو الأمر في القاعدة العامة للفسخ .

ولا تعارض في هذه الحالة بين إعتبار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك . فإن الإعتبار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد ، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ . وهذا هو ما قرره محكمة النقض ، إذ قضت وبأن المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) تقتضي أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند علم دفع الثمن ، كان على القاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعتباره بإنذار ، ما لم يعرف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعتبار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره أى يكلفه الوفاء ، فإذا لم يدفع كان البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ . وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد منسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) .

٤٨٤- الاتفاق على أنه يكون العقد منسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

حكم : وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه . فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينفى فسخ العقد . وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في أعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه . فيقتصر القاضي في هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه .

(١) تخفى مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ من ١٩٨٨ -
أظهر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٧٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٧٦ - وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم - واستئناف مخطط في ٢٨ يناير سنة ١٩٩١ م ٣ من ١٦٥ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ١١ .

فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ ، ولكن حكمه يكون مقررًا لفسخ لا منشأ له .

ولا يعنى الشرط من إعلان المدين . فإذا أراد الدائن أعمال الشرط ، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعلار ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

على أنه لا شئ يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتفويض .

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الاتفاق فى عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ليس تطبيقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه ، فإن النتيجة اللازمة لهذا التطبيق هى أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد الأجرة بغير خيار للدائن ، وقد يرغب الاستمرار فى تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر فى السداد ، وبذلك يكون فسخ العقد خاصاً لمطل المستأجر ورغبته . إنما هو اتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانه قبل المستأجر . فالفسخ هو حق له ، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه . وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك ، إلا إذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح فى العقد . وهذه الفكرة هى رجوع عن قاعدة الفسخ القضائى ، وهى قاعدة القانون الفرنسى المروقة ، إلى قاعدة التشريع الألمانى الذى يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضي ، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين (١) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ الجلسة ١٣ رقم ٩٥ ص ٧١٦ -
أضرب أيضاً محكمة أسبوط الكلية فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ الجلسة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ -
استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ - وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠
جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ ص ٢٠٩ - وفى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - وفى
١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٦ .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن المادة الوحيدة التى يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضى الأمور المتصلة بإخلاء المستأجر عند تأخره فى أداء الأجرة هى التى ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك ، فهذه النص يقع الفسخ بمجرد التأخر فى سداد الأجرة (الجلسة ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧) .

٤٨٥- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً منه تلقاء نفسه دون حاجة

إلى حكم أو إنذار : وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة . وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إنذار المدين ، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر أعمال الشرط على النحو الذي يبينه فيما تقدم ، ويكون الحكم إذن مقرر الفسخ لا منشأ له (١) . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار . والاتفاق على الإخلاء من شرط الإعذار يجب أن يكون صريحاً ، كما يقضي نص المادة ١٥٨ ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد لما يتطوى عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين ، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً باعتناحه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان

(١) ولكن المحكمة الرابطة الثالثة لتحقيق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله . وقد استعملت محكمة الاستئناف المختصة من الرابطة هنا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا لم تنفع الصرف من صرف «التيك» المحول إليه ، كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذاره فتمنع الصرف من صرف «التيك» لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن الدائن عرض على الدائن أن يدفع له قيمة «التيك» أو أن يسلمه «تيك آخر» ، فرض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن معنت في تقديره ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٩٠٢) — وفي قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يحدد ، قضت المحكمة بأن هذا التجديد يمثل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (الاستئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) — وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وقبل الدائن مع ذلك قبض القسط تأخر فيها المدين من اللباد ، ثم تمسك فجأة بمعه في الفسخ عندما تأخر المدين من ميعاد قسط ، فإن تسامحه السابق يحصل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (الاستئناف مختلط في ٢٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٥٤ ص ٢١١) .

الدائن لم يتمسك به^(١) .

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائي والانتفاخ بحكم القانون . فهو أعلى من الفسخ القضائي - وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه - في أن الحكم بالفسخ فيه ، إذا قامت حاجة لصدوره ، يكون مقررأً للفسخ لا منشأً له . وهو أدنى من الانتفاخ بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك .

وهذه المبادئ قررتها محكمة النقض . فقد قضت بأنه ، إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه ، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء ، وله الحق في تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضي الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ . ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلًا فضلاً إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها . ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانوني أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده ، لأنه في الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود ، لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه . وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخر في دفعها^(٢) .

(١) نرى في هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه « إذا تم في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إقرار أو حكم قضائي وبصبح المبلغ للدفع حكماً مكتسباً للباقي لا يرد بماله من الأحوال ، كان المشتري المستفاد من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحللة ٤ رقم ٢٧٠ من ٢٢٩) . ولكن يلاحظ في هذه القضية أن المشتري قد دفع عربوناً للبائع ، فيجب له الرجوع في البيع وبصبح الربون حكماً مكتسباً للبائع .

(٢) قضت مدني في ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر رقم ١٩٢ من ٥٤٠ - أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحللة ٣٠ رقم ١٥٦ من ١٦٣ - استئناف مخطوط في ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية لقضاء المخطوط ٢ من ٢٦٠ -

٤٨٦- ما يترتب على الفسخ الاغلاقي من أثر : ذكرنا فيما تقدم أن

نص المادة ١٦٠ : هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان

== وفي ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ يرد على ١٧٧م - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣م ٣٦٢ -
وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ م ١٠ - وفي ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ م
١٤٦ - وفي ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ٢٥٠ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩
جازت ١٠ رقم ١٧ م ٢٠ - وفي ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ م ٨١ - وفي ٢٠
مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٢١١ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ٩٢ .

وقضت محكمة التخص أيضاً في هذا المعنى بأنه : متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن
يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الموعد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه
رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير عملاً بالمادة ٣٢٤ مدني (قديم) . ولا
يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للحكمة أن تقرر
أنه حصل بالسل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومتى وقع الفسخ
بمقتضى شرط العقد فإن إرضاع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد اتمامه (هذه مدني في
١٣ مايو سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ م ١٥٧) .

هذا وليس من الضروري أن يوضع الشرط انتهى نحن بصدده في الصيغة المضم ذكرها .
بل إن أية صيغة تدل على هذا المعنى كافية . ومن ذلك ما قضت به محكمة التخص من أنه : إذا
كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يبدد إلى
البنك المطلوب على أقساط ، وأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأمناً للحداد ، وعلى أن البنك تعهد
من جانبه برفع المميزين السابق توقيعهما منه على متقولات المدين وعقاراته من تبين بعد حصول
الرهن وقيدته واستخراج الشهادات القارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت
الحكمة ذلك بأن قبول البنك تخييط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين القاري بحيث
إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه النصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التخييط ،
وتصرفت نية المدين في عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم
ارتباط البنك بالتخييط ، وبأحقية في الاستمرار في التنفيذ بدونه على المتقولات والعقارات دون
أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالرهن ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في
نصه : (هذه مدني في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧ م ٣٦) . وقضت
أيضاً : بأن القانون لم يشترط ألقاطاً معينة لشرط الفسخ الصريح في نص المادة ٣٣٤ من القانون
المدني (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرف عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن
يوقع العقد لدى أمين حتى يوقع المشتري الثمن في الموعد المتفق عليه . ونصا على أنه عند إخلال
المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد
من ذلك أن نية المصنفين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفسخ الصريح ، أي اعتبار
العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد منع مدلول نص العقد
لأن عبارته تحتل ما استغله الحكم منها (هذه مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة
عمر ٥ رقم ٣٥٦ م ١٨٨) .

القسخ بحكم القاضي أو باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون .
فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق، في أية صورة من الصور التي تقدم ذكرها،
سواء كان القسخ بحكم منشىء أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلاً . أعيد
المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم
بتعويض (م) (١٦٠) .

وينحل العقد بأثر رجعى، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير،
وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند
الكلام في أثر القسخ بحكم القاضي .

المبحث الثالث

انقضاء العقد بحكم القانون

٤٨٧ - **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٥٩ من القانون المدنى
الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت
الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا المرفق المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى :
« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت مع الالتزامات المقابلة له ،
وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها
مقتضى » . وحذفت لجنة المراقبة عبارة « مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتضى » ، وأصبح
رقم المادة ١٦٣ فى المشروع التهاوى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى
يجلس الشيوخ نوقشت عبارة « دون حاجة إلى حكم قضائى » فقيل فى الدراع عن بنائها إنها
عبارة بانية لأن الأصل فى النسخ أن يصدر به حكم من القضاء ، فإذا كان متفقاً عليه فى العقد
وقع من وقت تحقق سببه ، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب
دون أن يملك حرية التقدير . ولكن اللجنة حذفت هذه العبارة « لأنها تزيد قد يوحى
بتقييد حق الرافع إلى القضاء وهذا حى لم يقصد النص إلى حرمان أحد المتعاقدين منه ، وكل
ما قصد إليه أن الصبح يتم وفقاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ » .
وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة . (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٣٢٤ - ٣٢٦) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « يبقى بد =

ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخران متصلان به أوتى الاتصال ،
هما المادتان ٣٧٣ و ٢١٥ .

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتي : « يقتضى الالتزام إذا أثبت المدين أن
الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » .
والمادة ٢١٥ ، وقد سبق ذكرها ، تنص على ما يأتي : « إذا استحال على
المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم
يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه » .

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا يقتضى بسبب استحالة
تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي ، وأن القدر
لا ينسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام . فالقصد إذ
لا ينسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي . وما لم يثبت المدين
هذا السبب الأجنبي بقى ملزماً بالقدر وحكم عليه بالتعويض .

ولم يستحدث القانون الجديد في هذه المسألة شيئاً ، فقد كان هذا هو أيضاً
حكم القانون القديم ، إذ نصت المادتان ٢٤٢/١٧٩ من هذا القانون على
ما يأتي : « إذا انقضى التمسك بسبب عدم إمكان الوفاء تنسخ أيضاً كافة
التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقين في نظير
ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . ولا يترتب على الفسخ إخلال
بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

== ذلك أمر الفسخ القانوني وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه . فانقضاء هذا
الالتزام يستقيم انقضاء الالتزام للفاعل له تخلف سببه ، ولهذا القصد ينسخ القدر من تلقاء نفسه
أو بحكم القانون بغير حاجة إلى القاضي بل وبغير إقرار ، من وضعت استحالة التنفيذ ونحوها
كافياً . على أن التراجع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الفاعل أو الدين في وقوع
الفسخ . بيد أن موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح
مستحيلاً ، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو يرضى
القضاء به ، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ الدين أو قصوره أو إلى سبب
أجنبي لا يد له فيه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٢٨) — هنا ويلاحظ أن البلورة
الأخيرة من المذكرة الإيضاحية التي وضعت تحتها خطأ غير صحيحة ، لأنها تفترض أن الاستحالة
التي ينسخ بها القدر قد تكون راجعة إلى خطأ المدين ، والصحيح أن الاستحالة لا ينسخ بها
القدر من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي .

ويتبين مما قدمناه أن استحالة تنفيذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبي يبقى المدين ملتزماً بالعقد . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي ، فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون . ونستعرض كلا من الحالتين .

٤٨٨ - استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي : إذا استحال على المدين

في العقد الملزم للجائين تنفيذ التزامه ، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل عليه ، فإن المادة ٢١٥ تقضي كما أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وهذه هي المسؤولية العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً ، وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية مفروضة ، وبذلك تتحقق مسؤوليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين من ذلك أن العقد لم ينفسخ في هذه الحالة ، بل على التقيض من ذلك قد بقي وتؤكد وجوده . إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي . فللدائن ، وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه ، بدلاً من أن يطلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وفي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يبيحه إلى طلبه ، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، فيحكم بفسخ العقد . والحكم هنا منتهي . للفسخ لا مقرر له ، والعقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضي .

٤٨٩ - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي : أما إذا كانت استحالة

التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ، فإن الالتزام ينقضي طبقاً للمادة ٣٧٣ التي تقدم ذكرها ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ (١) . والعلّة في هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فلم يعد ثمة محل للمسؤولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي . فلم يبق إلا فسخ العقد .

(١) هون نظرية العقد للوفد نظرة ٦٤٠ والمجلس رقم ١ من م ٦٨٥ .

ولذلك نص القانون على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه . ولا عمل هنا للإبطال لأن الإبطال لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً . ولأن التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هناك خيار للدائنين التنفيذ والفسخ - وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن في جميع صور الفسخ القضائي والاتفاقي - ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد . كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ ، فالعقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قررنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء لأنما يكون ذلك ليقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق - فقد يقوم نزاع في ذلك - وأن العقد قد افسخ ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه ، على النحو الذي رأيناه في بعض صور الفسخ الاتفاقي (١) .

٤٩٠- مبدأ تحمل التبعة: فإذا افسخ العقد بحكم القانون ، كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذي استحاله تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . فهو لا يد له في استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي ، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالخسارة في نهاية الأمر تقع عليه وهو الذي يتحملها . وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين .

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتعاقبة في العقود الملزمة للجانبين ، وهي الفكرة التي انبنى عليها انقضاء العقد (٢) . ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ

(١) هنا وقد تكون استحالة تنفيذ الالتزام فاعية قبل نشوئه أو تكون قد جرت بعد ذلك ، فحين كانت فاعية قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة ، كان العقد باطلاً لاستحالة المثل . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، سواء كانت فاعية قبل نشوئه الالتزام أو جرت بعده ، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوئه الالتزام ، فإن العقد ينفذ سعيماً ثم يفسخ .

والمراد بالالتزام الذي استحاله تنفيذه هو الالتزام الأساسي الناشئ من العقد ، دون الالتزام الثانوي أو التبعي . فالالتزام البائع الأساسي هو تحمل الملكية والتسليم ، والالتزام المشتري الأساسي هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاماً أساسياً في عقد الإيجار التزام المؤجر بتسليم العين والالتزام بتسكين المستأجر من الانتفاع ، والالتزام للمستأجر بدفع الأجرة والالتزام بالمحافظة على العين .

(٢) أنظر في هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر في نظرية تحمل التبعة في العقد الإسلامي القادرة سنة ١٩٥٠م ، ص ٢٦ .

الزام المودع عنده لسبب أجنبي ، بأن هلك الشيء في يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع ، فإن الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب في ذلك واضح ، إذ الدائن - وهو هنا المودع - ليس في ذمته الزام يتحمل منه في مقابل تحلل المدين - وهو هنا للمودع عنده - من التزامه . فالدائن هو الذي يتحمل الحسارة في آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذي يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين ، والدائن هو الذي يتحملها في العقود الملزمة لجانب واحد^(١).

٤٩١ - الأثر الذي يترتب على انقضاء العقد بحكم القانون : وإذا

انقضى العقد بحكم القانون ، ترتب على انقضائه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد (م ١٦٠) . ولا محل للتخصيص لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه في هذا الصدد ، فيما عدا التمييز ، من انحلال

(١) أنظر في الموضوع رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر التي سبقت الإشارة إليها - والقانون الفرنسي يجعل التبعة في عقد البيع على الدائن لا على المدين ، فإذا هلك البيع قبل تسليمه هلك على المشتري لا على البائع ، فالحال يكون إذن على المالك (res perit domino) (أنظر م ١٦٢٤ من القانون للدق الفرنسي) . وكذلك فعل في عقد القايضة (م ١٧٠٧) . ولكنه عدل عن هذا الحكم ، وجعل الملاك على المدين ، إذا كان في العقد شرط واقف وحك الشيء قبل تحقق العرق . كذلك جعل تبعه الملاك في عقد الشركة على المدين (م ١٨٦٧ فقرة أول) - والقانون المصري القديم كان في مثل هذا الاضطراب ، فهو في البيع يجعل تبعه الملاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التي قسمتها في تحمل التبعة (م ٢٩٧/٢٧١) ، وكذلك يجعل التبعة على المدين في العقد المطلق على شرط واقف تنحياً مع هذه القاعدة العامة (م ١٠٦/١٦٠) . ولكنه من جهة أخرى يجعل التبعة على الدائن في بيع القديرات (م ٢٤١/٢٠٧) وفي عقد الشركة (م ٤٢٤/٥١٦) - أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للوئف فقرة ٦٦٠ . وقد تجنب القانون المصري الجديد هذا الاضطراب ، وجعل القاعدة العامة التي تخفى بأن التبعة على المدين في العقد الملزم للجانبين قاعدة مضطربة . فطبقاً في البيع ، سواء كان بيع عين مينة أو بيع مقدرات (م ٤٢٧) ، وطبقاً في عقد الشركة (م ٥١١) ، وطبقاً في العقد المطلق على شرط واقف ، بل إنه أنكر على الشرط أثره الرجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق العرق مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٢٧٠ فقرة ٢) وطبقاً في العقود غير الثلاثة لملكية ، كالإيجار (م ٥٦٩) والمساواة (م ٦٦٤ - ٦٦٥) .

المقد بأثر رجعي ، ومن أثر المسخ فيها بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن اعتماد الأثر الرجعي بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا . فلا حاجة إلى التكرار (١).

الفرع الثاني

الدفع بعدم تنفيذ العقد (٢)

(أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

(Exceptio non adimpleti contractus)

٤٩٢ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٦١ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

« في العقود الملزمة للجائين ، إذا كانت الالتزامات المتعاقبة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » (٣).

(١) أنظر في الأمر الذي يترتب على انقضاء العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحى جبارى في عقد المدة ص ١٦٠ - ص ١٦٢ .

(٢) بعض المراجع : كاجين في السبب فقرة ١٢١ وما بعدها - سأل في الالتزامات في القانون الألمانى فقرة ١٧١ وما بعدها - بنكاز (ملحق بودرى) ص ٥٧١ - ص ٦٨٠ - رينو (Reynaud) في الدفع المستعصى من عدم التنفيذ ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - كسان (Cassin) في الدفع المستعصى من عدم التنفيذ في الملاحظات الملزمة للجائين ، رسالة من باريس سنة ١٩١٤ - هوان (Houm) في التمييز ما بين العقود الملزمة للجائين والعقود الملزمة لجانب واحد ، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - صلاح الدين الناصى في الامتناع المشروع عن الوفاء ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ - نظرية العقد للدولف فقرة ٦٦٦ - فقرة ٦٧٧ - حلمي بهجت بدوى فقرة ٣٥٣ - فقرة ٣٦٠ - أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ٣٧٧ - فقرة ٣٧٩ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي :
١٥ - في العقود الملزمة للجائين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، إلا إذا اختلف ميعاد الوفاء لكل من المتعاقدين -
٢ - على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية .
وقد لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأنها تطبق لنظرية الصف في استعمال الحق ، وأدخلت =

ولم يشتمل القانون الملقى القديم على نص مقابل لهذا النص ، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مستمداً بها في ظله قهراً وقضاء ، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلاً م ٢٤٥/٢٧٤ وم ٢٥٠/٢٧٩ وم ٤١١/٣٣١) .

٤٩٣ - تلخيص الظاهرة: وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي : إذا كان الدائن في العقد الملزم للجائين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، فيحتل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحمل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التي ينبغي عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي ينبغي عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتبادلة في العقد الملزم للجائين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى (١) .

ولم يكن المبدأ معروفاً في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن

== تعليقات فطلي على الفقرة الأولى حيث أصبحت مطالبة القاضي الولد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٥ في المرسوم النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٣٣٠ - ص ٣٣٥) .

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المبدأ : «التخفيف مثلا بطل» (*extinction totale pour non*) . ويترجمون بذلك من تعبيراً بالفرنسية (*Erfüllung Zug um Zug*) . وقد جاء في للذكر الإضاحية للمرسوم التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : «هذه الأصول التي يقوم عليها نظام العقود التامة للجائين لربط تنفيذ الالتزامات المتبادلة فيما على وجه المتبادل أو المتكافئ . فإذا لم ينفذ الطرف بهذه الالتزامات فلا يجوز حرمانه على ما فهم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام للمتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يجب أن تنفذ الالتزامات المتبادلة في وقت واحد . ويجوز الاستعانة بإجراءات الرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فشكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتسب ما يجب أن يوفى « حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له ، وهو بإحاطة بهما الحق أو النعم إذا يوفى أحكام العقد لا أكثر . فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة ، ولا تنقض الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق ، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والوقف بعدم تنفيذ العقد » . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٣٣) .

بتنفيذ التزامه ، دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين ، دفعا بالغش (exception de dol). ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي ، بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص ، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسي القديم . فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً . وقد وضعه المؤرخون من شراح القانون الروماني (postglossateurs) في المصوّر الوسطي بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوا لها القانون الروماني (١) .

ولم يضع القانون المدني الفرنسي نصاً عاماً يقرر به القاعدة ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ . ونهج القانون المدني المصري القديم على مثاله كما قلنا .

أما التفتينات الحديثة فقد صاغت المبدأ في نص عام . فكل ذلك القانون الألماني (م ٣٢٠) ، وقانون الالتزامات والسبب (م ٨٢) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٤٨) . وسار القانون المدني المصري الحديث على نهج التفتينات الحديثة فأورد النص الذي قلناه ، كما صاغ نظرية الحبس في نصوص عامة سبقت في مكانها (٢) .

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التي اتبعناها عند الكلام في الفسخ التفضائي . فنبحث : (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر

المبحث الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ - نطاق الرفع بحرم التنفيذ ونطاق الحبس في الحبس : جعل

(١) نظرية العقد المؤقتة ٦٦٦ .

(٢) انظر في الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي رسالة الدكتور صلاح الدين الخليل في الانتفاع المبرور عن الوفاء ص ٣٠٦ وما بعدها .

القانون الجديد الحق في الحبس هو الأصل ، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الأصل في دائرة العقود الملزمة للجائين (١).
فالأصل إذن هو الحق في الحبس . قررته المادة ٢٤٦ مبدأ عاماً ، فجرت على الوجه الآتي :

- ١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام النائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو ما دام النائن لم يقدم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .
- ٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أفتق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

فالنص يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومربط به . فيكون هذا الارتباط أساساً للحق في الحبس . فن حاز بقدر أو غير عقد شيئاً مملوكاً للغير ، كالودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمغتصب والحائز بحسن نية ، وأفتق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذي بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشيء ومالكه . والحائز مدين للمالك برد الشيء ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والالتزام باسترداد المصروفات . لذلك يجوز للحائز أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه . وهذا هو الحق في الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد . فالبايع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، فن حقه أن يجبس العين حتى يستوفى الثمن . وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد ملزم للجائين ، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد (٢) .

(١) أنظر في القانون للدق القديم في الملاحظة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أصلاً والحق في الحبس باعتباره يضرع عن هذا الأصل ، نظرية العقد للوفد قرة ٦٦٨ .
(٢) وإذا أضفنا فكرة الارتباط ، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر ، وأريد أن يكون لكل منهما الحق أن يتمتع من تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ ==

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق في الحبس . فحيث يطعن الحق في الحبس في نطاق العقد المزمع للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً في الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد . فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلاً لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً في الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه : جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما سلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد . وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال (١) .

فالدفع بعدم التنفيذ ، كالفسخ ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين ، وقد صرحت بذلك المادة ١٦١ التي تقدم ذكرها (٢) .

== ما عليه من التزام ، أمكن أن يتحقق هذا عملاً بأحد طريقتين : الطلبات القرية وحجز المائن تحت يد قه .

هذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات . نبحث بوجود شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من العدل أن يتوفى كل منهما ما له من حق بما عليه من دين — وهذه هي المقاصة والفسخ — أو في القليل يقف وراء ما عليه من دين حتى يتوفى ما لمن حق — وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . وبما ثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يملجونها علاجاً واحداً هو الدفع بالنفس ، يتملونه في المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . والحق في الحبس ، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً ، وقد أعطاه القانون الجديد وصفه الحقيقي ، وخلع عنه لباس الحق السيئ الذي كان يرتديه في عهد القانون القديم فيشوه طبيعته (أنظر نظرية العقد المؤلف من ٧١٣ حاشي رقم ١) .

(١) وقد كان هذا الحكم منصوباً عليه في المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدي ، وقد حذفتها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٣١ في الملمس) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آخراًقرة ٤٧٩ في الملمس) .

(٢) نرى في الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٣٢ ققرة ١ و ٢ من ٣٢٤ ققرة ٤) . وأنظر في هذا الشأن الدكتور حلمي بهجت بمؤى بك ققرة ٢٥٩ - ققرة ٣٦٠ - ورسالة الدكتور صلاح الدين التامى في الامتناع للمشروع عن الوفاء ققرة ٨٠ وققرة ٩٧ - وأنظر أيضاً في هذا الشأن استئناف مخطط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨٢ من ١٢٣ .

هذا وقد أورد القانون المدني الجديد تعليقات جزئية متفرقة لهذا الدفع بعدم التنفيذ ، فذكر ==

٤٩٥ - موافقاً لما نرى يرفع بحرم تنفيذه يجب أن يكون واجب

التنفيذ مالم : ولا يمكن أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين ، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذي يلغى بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالا .

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طيعي - كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين في عقد ملزم للجانبين - لا يجوز ، لأن في هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طيعي غير واجب التنفيذ .

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدني غير حال . فالبائع لا يستطيع أن يجبر العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً ، إلا إذا كان الأجل قد سقط طلقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (أنظر المادة ٤٥٩) . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضي قد منح المدين نظرة المبصرة (*délai de grâce*) ، فالبائع أن يجبر المبيع حتى يستوفى الثمن من المشتري حتى لو منح القاضي للمشتري أجلاً

== منها المواد ٤٥٧ و ٤٥٩ و ٦٠٥ .

فانظران الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تنصان بأنه « ٢ - إذا تعرض أحد المشتري مستقداً للحق سابق على البيع أو أكمل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن يتزع من يد المشتري ، جز له مالم يتجه شرط في العقد أن يجبر الثمن حتى يتطلع العرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيل . ٣ - وبمضى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري صياً في المبيع »

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه : « ١٥ - إذا كان الثمن كله أو منه مستحق الدفع في الحال ، فالبائع أن يجبر المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفلاً . صفاء مالم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع . ٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يجبر المبيع ولو لم يصل الأجل المتروط لدفع الثمن لذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ » .

وتنص المادة ٦٠٥ على أنه : « ١٥ - لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار متخفاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ . ٢ - فلذا نهى عن المستأجر بالإخلاء قبل انتهاء الإيجار ، فإن الإيجار يترجم بأن يدفع المستأجر تمويضاً مالم يرض على غير ذلك . ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يخاضع التمويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر » أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التمويض » . وللمعبد في هذا النص الأخير أنه يحصل المستأجر وهو دائن بالتمويض المؤجر يجبر على الإخلاء ، أو قل لأن حق المبيع البتة الإيجار يندفع في حق المالك .

للدفع الثمن ، ولا يتمتع المبيع إلا إذا كان الأجل تابياً باضاق الطرفين (١) .
أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، فلا يحق له أن يتنصع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر (٢) .

(١) ولا يمكن أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً ، بل يجب أن يكون الأداء استهلاك الدفع . فلا يجوز لتعاقد أن يحسب بالدفع إذا كان هو الباعث بعدم تنفيذه ، أو إذا تنبأ في عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز البيع بالدفع إذا كان للتعاقد الآخر قد قام بمحل الالتزام ولم يبق إلا جزء منه لا يريد استهلاك العقد الأول من التلزم بالترام . وكل ما يحق للتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبق دون تنفيذ جزءاً من التلزم يتأهل الجزء غير المنفذ من التلزم للتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن يتنصع المشتري عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطراً يهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس بمجدي ، ولا أن يتنصع للتأخر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطلب الأجر بزيديت ينكرها عليه .

وقد كان الفروع التمهيدى يضمن نصاً يجري على الوجه الآتي : « على أنه لا يجوز للتعاقد أن يتنصع عن تنفيذ التلزم إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل مثلاً بحيث يكون استناعه عن التنفيذ غير متعلق مع ما يجب توافره من حسن النية » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٢١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للفروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « ومهما يكن من شيء فليس يباح لتعاقد أن يسيء استهلاك هذا الدفع . فلا يجوز له أن يتنصع به ليتنصع عن تنفيذ التلزم إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل فاعده ، وأصبح مالم ينفذه مثلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٢٣) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية الصف في استهلاك الحق (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٢٤) — أنظر في هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع للفروع عن الوفاء بقرة ١٧٤ — وانظر في أحوال يسلط فيها الدفع بعدم التنفيذ نظرية العقد للوثائق بقرة ٦٧٠ .

(٢) وقد كان هناك نص في الفروع التمهيدى يميز حتى في هذه الحالة أن يتنصع المتعاقد للكسب بالتنفيذ أولاً عن التنفيذ إذا أصاب للتعاقد الآخر قص في ماله بعد إبرام العقد ، فكانت ثلاثة ٧٢٣ من هذا الفروع تجري على النحو الآتي : « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصاب أحد المتعاقدين قص في ماله بعد إبرام العقد ، أو إذا طرأ على مركزه المالي ما ينعش معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التلزم ، جاز للتعاقد الآخر إذا كان هو للكسب بتنفيذ العقد أولاً ، أن يتنصع عن تنفيذ التلزم حتى يقوم للتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يسلط ضماناً كلياً لهسا التنفيذ . فإذا لم يتم التنفيذ أو يسلط الضمان في وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٢١ في الملحق) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للفروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فقد أضيف له (أي المتعاقد للكسب بالتنفيذ أولاً) استثناءً من يتنصع عن تنفيذ التلزم حتى يقوم =

المبحث الثاني

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦ - حرّم ضرورة الاعتراف : لا يحتاج التمسك بالدفع إلى إقرار

المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإقرار قبلها واجب على التخصيل الذي يبناه فيما تقدم. على أن التمسك بالدفع معناه امتناع التمسك عن تنفيذ التزامه ، وفي هذا إقرار كاف للمتعاقد الآخر بوجود تنفيذ الالتزام الذي في ذمته (١) . وقد يكون الإقرار واجباً لاقتسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعريض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإقرار طبقاً للقواعد العامة .

== القاعد الأخرى بما تمهده أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء ، إذا أصاب هذا القاعد بعد إبرام العقد قس في ماله من شأنه أن يؤثر في بواره أو طراً عليه من الضيق ماله يقصد به عن تنفيذ ما التزم به . وينبغي الحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع ، وهي التي تناولت سرد مقتضات الأجل وحصرتها في الإضرار أو الإفلاس وضعت الضمانات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها . فالحالة التي يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جساماً من ذلك ، فهي تعرض قسماً بلياً في مال القاعد ، ولكنه قس لا يستتبع الإفلاس أو الإضرار ، ومن ثم أنزلت هذه الحالة منزلة الاستثناء ، فلم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل ، وبذلك يحل الوفاء بالاتزامات المتخلفة جياً وينبغي تنفيذاً في آن واحد نزولاً على أحكام القواعد العامة . فإذا لم يتم المتعاقد قس استهتف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف في مدة مفعولة ، كان للمتعاقد معه ألا يختص على إطفاء العقد ، بل له أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ . ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة في الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذي تخلف القاعد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤) - ولكن هذا النص في المشروع التهديدي حذفته لجنة المراجعة في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢١ في المالحش) . ولا كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه (أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين النامي في الامتناع المشروع عن الوفاء نفرة ١٦٦ - نفرة ١٦٧) .

(١) أنظر استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠ .

٤٩٧- ترك الأمر إلى تقدير المتمسك بالرفع تحت رقابة القضاء :

ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ ، فهو لا يمل القصد ، بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مردّه في آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرضى الأمر إلى القضاء ، والقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ للمتمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية ، فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذي ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فانتمسك بالدفع يمر إذن على دورين : الدور الأول وهو دور غير قضائي يتمتع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إيجابي . والدور الثاني وهو الدور القضائي لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضي المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال في التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

٤٩٨- تمسك كل من المتعاقدين بالرفع : وقد يتمسك كل من

المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضي على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المخلف عن الوفاء من المتعاقدين (١) . فإذا تبين القاضي أن أحد المتعاقدين امتنع ، فإن كان المدعى

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣٢٣ - ٢ - وانظر أيضاً فقرة ٤٩٥ في الختص) .

رفض دعواه ، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتفويض شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعاقداً ، أو ظهر لأحد منهما متعاقداً ولكن لا يتبين أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجرائات العرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما ألزم به في خزنة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يعطيهما بغير اللزامة في وقت واحد .

المبحث الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

١- فيما بين المتعاقدين :

٤٩٩-وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين : إذا توافرت

شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فإن التمسك بالدفع لا يجرى على تنفيذ التزامه ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما في النسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام ينقل حتى مبيع ، كالالتزام بالبائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يتمتع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه . وإذا كان التزاماً بعمل ، كالالتزام المقاول بإقامة مبنى ، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء . وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كعهده تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حق معين منها للمزاحمة ، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحق .

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالاً لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو مفوض أن يتمتع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال ، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحیی الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف . وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين وإلا فالات

الغرض المقصود منه ، كما إذا تمهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها في معرض عام يقام في وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت موعد المعرض لأنه لم يستوف أجره ، كان هذا بمثابة القسخ .

٥٠٠- وقف التنفيذ في الالتزام بمقتضى بيع : وإذا كان الالتزام

الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس التمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من التعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس . وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتي : ١٥ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه . ٢ - وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته . ٣ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الاخلاك أو التلف ، فللهابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه . هذا ويشتمل المالك تبعه التلف أو الملاك بسبب أجنبي ، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الاخلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وإذا أفتق الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استرددها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠-٩٨٢ .

ويبقى الحق في الحبس حتى لو قام التعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يعبر عنه بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة . ومع ذلك يجب ألا يتصف من له الحق في الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ من النفاذة بحيث لا يبرر استمرار الحبس ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

وينتضى الحق في الحبس إذا قام التعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشيء من حيازة الحابس باختياره .

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتي : ١٥ - ينتضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه . ٢ - ومع ذلك يجوز للحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ،

إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

٥٠١ - **وقف التنفير في العقود الزمنية** : وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يتمتع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م ٥٦٥ وم ٥٦٨ وم ٥٦٩ وم ٥٧٠ وم ٥٧٢ ألخ ألخ) . وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً في مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم يتفد نهائياً - لا موقتاً - التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع ، فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد (١) .

ب- بالنسبة إلى الغير :

٥٠٢ - **مسئولية الرافع في حق الغير** : يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع . مثل ذلك أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة . فكل من كسب حقاً من المشتري على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى في حقه الدفع . فإذا باع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رهناً لدائن مرتين ، جاز للبائع أن يبقى حابساً للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتين (٢) . ويمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينتقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين ، فنقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق . ولا يستطيع المشتري أن ينتقل حقاً لا يملكه ، وفاقد الشيء لا يعطيه . وهذا هو المبدأ الذي قرره في انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص

(١) أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد للعة ص ١٦٦ -

ص ١٧٧ .

(٢) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ قرة ٢ في تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة في مواجهة من انتقلت إليه ملكيتها . وقد سبق الإشارة إلى ذلك (أنظر آخراً قرة ٤٩٢ في الماشق) .

٥٠٣ - متى لا يسرى الرفع في حق الغير: ولا يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع. فإذا فرض أن شخصاً ، بعد أن رهن منزله رهناً رسمياً ، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ ، ثم باعه ، وأراد المشتري تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار ، فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين في مواجهة المشتري (م ٦٠٥ فقرة ٢) ، ولكن حقه في الحبس لا يسرى في مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس (١).

(١) أظر في هذا الموضوع نظرية اللغذ للوالم فقرة ٦٧٧

الباب الثاني
العمل غير المشروع
(التولية التقديرية)

L'ACTE ILICITE
(La responsabilité délictuelle)

تمهيد (*)

- ٥٠٤- مسائل أربع : نعهد الكلام في العمل غير المشروع ، أو المسئولية التقصيرية ، بوضع هذه المسئولية في مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسئولية ، وتحديد دائرتها في وسط دوائر أوسع منها للمسئولية الأدبية والمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .
- فتكلم في مسائل أربع : (١) التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية . (٢) وفي المسئولية القانونية التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . (٣) وفي المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . (٤) وفي المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .



§ ١- التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية

(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

- ٥٠٥- الفروع ما بين المسئولية الامورية والمسئولية القانونية :
المسئولية الأدبية لا تدخل في دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانوني ،

(*) ينسج المراجع العامة في المسئولية المدنية : هنرى وليون ملزو في المسئولية المدنية ثلاثة أجزاء - سلاتينية في المسئولية جزئياً - لالو (Lalou) في المسئولية المدنية - دوج في الالتزامات (الأجزاء الثالث والرابع والخامس) - سيمون وكاجيان في النظرية العامة في المسئولية المدنية (ضمن مبسوط يغل في الالتزامات) - بلاتويل وبيير وإسحق جزء أول - جلودينا وريتي (Gardes et Ricci) في المسئولية المدنية - سوردا (Sordat) في النظرية العامة للمسئولية جزئياً - شيلوني (Chironi) في المسئولية غير العقدية - هوبير (Heuber) في شروط المسئولية التقصيرية في القانون الألماني وسال من فاني سنة ١٩٤٠ - الأستاذ مصطنع مرعي بك في المسئولية المدنية - الدكتور سليمان مرعي مذكرات في الفصل الفصل - للوجز في النظرية العامة للالتزامات للوفات - الدكتور أحمد حبيب أبو ستيت في نظرية الالتزام .

وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسؤولية القانونية فتدخل في دائرة القانون ،
ويترتب عليها جزاء قانوني .

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسؤولية ثلاثة :

(١) المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض ، فهي مسؤولية أمام الله
أو مسؤولية أمام الضمير . أما المسؤولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعي ،
وهي مسؤولية شخص أمام شخص آخر .

(٢) ومن ثم تتحقق المسؤولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد
ولكنه نزل بالمسؤول نفسه فيكون هو المسؤول والمضروب في وقت واحد .
بل إن هواجس النفس وخطبات الضمير قد تحقق المسؤولية الأدبية ، ولو لم
يكن لها مظهر خارجي . أما المسؤولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ،
وأحق هذا الضرر بشخص آخر غير المسؤول .

(٣) وينبئ على ذلك أن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية ،
فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه ، وبعلاقته بنفسه ، وبعلاقته بغيره من الناس .
أما المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس .
وإذا تركنا المسؤولية الأدبية ووقفنا عند المسؤولية القانونية ، نراها نوعين :
مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية .

٢ - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

٥٠٦ - الفروق ما بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية : هناك فرقان

جوهريان ما بين المسؤولتين الجنائية والمدنية :

(أولاً) تقوم المسؤولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما
المسؤولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . وترتب على ذلك النتائج
الآتية : (١) جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسؤولية المدنية فتعويض .
(٢) الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية الجنائية هو النيابة العامة باعتبارها بمنطة
المجتمع ، أما الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية المدنية فالمضروب نفسه لأن
الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسؤولية الجنائية لأن
الحق فيها عام للمجتمع ، ويجوز الصلح والتنازل في المسؤولية المدنية لأن الحق

فيها خاص للفرد . (٤) لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية تتطوى على معنى الإيلاام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات : فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسؤولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملاً عملاً .

(ثانياً) التية ركن في المسؤولية الجنائية . وهنا تقرب المسؤولية الجنائية من المسؤولية الأدبية . ولكن إذا كان محض التية يكفى في المسؤولية الأدبية ، فهو لا يكفى في المسؤولية الجنائية . بل يجب أن يكون التية مظهر خارجى يصل إلى حد معين من الجسامة : فالتصميم والأعمال التحضيرية لا عقاب عليها ، والشروع قد يعاقب ، ويعاقب القتل التام . وإلى جانب هذا المظهر الخارجى يطلب أن تكون الجريمة الجنائية عملاً يلحق الضرر بالمجتمع . بل إن جسامة الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة ، فقتل في الضرب الذى يفضى إلى موت أو الذى يحدث عاهة مستديمة عما هى في الضرب البسيط ، مع أن التية واحدة في هذه الأعمال . وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يجباً للضرر التية ، فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صاحبها التية أو لم تصحبها ، كالتخالفات التى لا تشترط فيها التية والجرائم التى يكفى فيها مجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكفى في المسؤولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآن في القانون الجنائى بالتدابير المانعة (mesures de sûreté) . ومهما يكن من أمر ، فالتية في المسؤولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضرورى في أكثر الجرائم .

أما في المسؤولية المدنية فالتية لا تشترط . وأكثر ما يكون الخطأ المدنى إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذى يحدثه يجب أن يعرض كاملاً دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلاً طبعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد وإلى قياس التعويض بجسامة الخطأ في الفعل غير العمد .

٥٠٧ - العمل الواحد قد تترتب عليه المسئوليات معاً وقد تترتب عليه

مسئولية دور الأخرى : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسئوليتين لا يتعارض

مع قيام المسؤولية الأخرى . وقد يترتب على العمل الواحد مسئولية جنائية مسئولية مدنية في وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والتخلف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفرد في وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولاً مسئولية جنائية جزاؤها العقوبة ، ومسئولاً مسئولية مدنية جزاؤها التعويض .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسئوليتين دون الأخرى . فتتحقق المسئولية الجنائية دون المسئولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد ، كما في بعض جرائم الشروع وجرائم أخرى كالتشرد ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائي . وتحقق المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها في القوانين الجنائية ، فمثلاً مال الغير عن غير عمد وإغواء امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل في وقت غير لائق وجميع المسئوليات التي تقوم على خطأ مفروض (١) .

٥٠٨ - استناداً إلى ترتيب على اجتماع المسئولين في عمل واحد : إذا ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسئولية الجنائية ، وهي أقوى لأنها حق المجتمع ، في المسئولية المدنية ، وهي أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتي :

(١) أنظر في قيام المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية : استئناف مخطط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٩ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ - وفي ترتيب المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية في الضرر واستعمال الورقة الزرورة : نفس جنائي في ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ المجلد ٢٣ رقم ٣٢ ص ٥٨ - وفي قيام المسئولية الجنائية على خطأ لستول مع قيام المسئولية المدنية على خطأ مشترك : استئناف مخطط في أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨١ .

وقضت محكمة النقض بأن قرار المحفظ الذي تصدره النيابة العامة إما كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مها كانت مسوورة ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بينه غير صحيح أو لم يعم عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر القضي قبل الضرور بالحادث ، فلا يجوز بينه وبين الدعوى المدنية يعم فيها التحليل على الخطأ ونسبته إلى الدعوى عليه فيها (نفس مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ملحق رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية لم ينصر) .

(أولاً) إلزام : قضى المادة ١٧٢ من القانون الجديد بأن دعوى التصويض المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .

ويستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبع الحياة في الدعوى المدنية ، فتبقى هذه ما دامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية . وسيأتى تفصيل ذلك .

(ثانياً) الاختصاص : إذا ترتب على العمل الواحد المسؤولتان الجنائية والمدنية ، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .

(ثالثاً) وقف الدعوى : إذا ترتب على العمل الواحد المسؤولتان الجنائية والمدنية ، ورفضت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سير الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى يبت في الدعوى الجنائية . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدني ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى بالجنائية تنقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état)

(رابعاً) قوة الأمر القضي : وإذا بقت المحكمة الجنائية في الدعوى بحكم ، حاز هذا الحكم قوة الأمر القضي . وتفيد المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع ، دون أن تنقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع ، وقد يختلف التكييف من الناحية المدنية عن من الناحية الجنائية . وينبغي على ذلك أنه إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع ، بأن أثبت في حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، قيد القاضي المدني بالوقائع التي أثبتتها المحكمة الجنائية . فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أو لم يثبت حيث قد ثبت ، ولكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكييف الجنائي . أما إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكييف القانوني ، كأن كان

الإعمال الثابت صدور من المتهم لا يصل إلى درجة الإعمال الجنائي (١) ،
أو كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المتهم ، أو كان هناك مانع من
توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنى عليه أو صدر لمصلحته عفو
شامل ، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسئولية المدنية .
وقف الآن عند المسئولية المدنية ، وهي أيضاً نوعان : مسئولية عقدية
ومسئولية تقصيرية .

٣٥ - التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

(Distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité
délictuelle)

٥٠٩ - المسئولية العقدية والتقصيرية - ازدواج المسئولية أو

وهرتها : المسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف
ما اشتمل عليه العقد من التزامات . والمسئولية التقصيرية تقوم على الإخلال
بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير . فاللذان
والمدني في المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسئولية ، أما في
المسئولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدني أجنبياً عن اللذان . مثل
المسئولية العقدية أن يرم عقد بيع ، ثم يتعرض البائع للمشتري في العين المبيعة ،
فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض . ومثل المسئولية التقصيرية أن تكون
العين في يد مالكها ، ويتعرض له فيها أجنبي ، فتحقق مسئولية التعرض .
ولكن مسئوليته هنا تقصيرية لا عقدية ، إذ هو لم يخل بالتزام عقدي يوجب
عليه عدم التعرض للعين ، بل أخل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم
الإضرار بالغير ويدخل في هذا النير مالك العين .

(١) لا يكون الإعمال الصادر من التهم لا يكون لماله جنائياً ، ويكفي للمسئولية المدنية
حيث تقوم هذه المسئولية على خطأ مفروض في نفس الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت
بأن الإعمال في جريمة الجرح بإعمال المنصوص عليها في المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لا يخلف
في أي عنصر من عناصره عن الخطأ غير القروض التي يستوجب المساءلة المدنية ، فبرادة التهم
في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسسة على
هذا الخطأ (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

هنا كله لا خلاف فيه . وإنما الخلاف في تكييفه . فمن الفقهاء من يلحق إلى وجوب التمييز ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التصيرية لوجود فروق هامة بينهما تقتضى هذا التمييز ، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسؤولية (de responsabilité). ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسؤولين . فإن إحداهما لا يختلف عن الأخرى في طبيعتها . وهؤلاء هم أنصار وحدة المسؤولية (unité de responsabilité) .

٥١٠ - أنصار ازدواج المسؤولية : وهؤلاء هم كثرة الفقهاء . يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسؤولين العقدية والتقصيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما ينحصر من أحكام . ويعملون هذه الفروق في الوجوه الآتية :

١ - الأهلية : في المسؤولية العقدية تشترط أهلية الرشد في أكثر العقود . أما في المسؤولية التصيرية فتكفي أهلية التمييز .

٢ - الإثبات : في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدى بعد أن يثبت الدائن وجود العقد . أما في المسؤولية التصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانونى وليرتكب عملاً غير مشروع .

٣ - الإعذار : في المسؤولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا في حالات استثنائية . أما في المسؤولية التصيرية فلا إعذار (١) .

٤ - مدى تعويض الضرر : في المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول . أما في المسؤولية التصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر . سواء كان متوقفاً أو غير متوقع (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كفت بحكمة الموضوع ما ثبت لها من واقع الدعوى تكييفاً خاطئاً نقلت به الدعوى عن حقيقتها، وأصلتها حكماً قانونياً غير ما يجب إصلاحه كلها، كأن اعتبر التخصير في تنفيذ عقد القايضة بالتسليم خطأً ضلياً (Sano delictuoso) كالاعتصاب بوجوب التضمين على الضرر من يوم تسميه لامن يوم تنفيه الرسمى ، فإن الحكم الذى صدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويصح نقضه (عش مدنى ق ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(٢) استئناف مخطوط ق ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٩ ص ٩٨ .

٥ - التضامن : في المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق . أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ - الإعفاء الاتفاق من المسؤولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية . ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية .

٧ - التقادم : تتقادم المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسؤولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

٥١١ - أنصار ومعارض المسؤولية : وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول .

وهم يقولون بالأ فرق في الطبيعة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . كلتاهما جزاء لالتزام سابق : المسؤولية العقدية جزاء لالتزام عقدي لم يقم به الملتزم . والمسؤولية التقصيرية جزاء لالتزام قانوني أنشأ به المثل . والمدين في الحالتين تحققت مسئوليته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العقدي أو القانوني . فالمسؤوليتان إذن تتحدان في السبب وفي النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسؤولية من فروق ما بين المسؤوليتين ، فهي فروق ظاهرية لا تثبت عند التدقيق في النظر . وبسترضون هذه الفروق على النحو الآتي :

١ - الأهلية : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط في المسؤولية العقدية وتكفي أهلية النميز في المسؤولية التقصيرية . والصحيح ألا أهلية في كلتا المسؤوليتين . إنما الأهلية في العقد دون غيره . فيشترط الرشد في أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذوا التزامه العقدي ، وإلا كان مسئولاً مسؤولية عقدية . ولا يشترط في هذه المسؤولية العقدية أية أهلية . حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلاً وقت التعاقد ، بقي ملتزماً بالعقد ، وبقيت مسئوليته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخلى من هذه المسؤولية إلا القوة القاهرة أو نحوها . وفي المسؤولية التقصيرية لا محل للكلام في الأهلية . وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التميز واجبة في هذه المسؤولية . والصحيح أن المثل يشترط لتحقيق مسئوليته أن يرتكب خطأ . ونسبة الخطأ إلى المثل تقتضي أن يكون مميزاً . فالتمييز إذن هو شرط لتحقيق المسؤولية ، وليس أهلية في المثل .

٢ - الإثبات : ولا فرق بين المسؤولين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففي كليهما يحمله الدائن . يثبت في المسؤولية العقدية العقد ، وهو مصدر الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية العقدية . أما في المسؤولية التقصيرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانوني بعلم الإضرار بالغير ، وهو الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية التقصيرية ، لأنه التزم مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق في كلتا المسؤوليتين على هذا الوجه ، يبق إثبات الإخلال به . وها يحمل الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدين ، لا تبعاً لما إذا كانت المسؤولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزم بعمل أو التزم بامتناع عن عمل . فالمدين هو الذي يثبت أنه قام بالعمل الذي التزم بالقيام به ، والدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أتى العمل الذي التزم بالامتناع عنه . ففي المسؤولية لعقدية إذا كان الالتزام العقدي عملاً - ويدخل في ذلك نقل الحق المعيني - فعل المدين أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسؤولية عقدية بل لأن الالتزام الذي أخل به هو التزم بعمل . أما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل ، فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أخل بالتزامه . وكذلك الحال في المسؤولية التقصيرية . ولكن لما كان الالتزام القانوني السابق في هذه المسؤولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل - علم الإضرار بالغير - فالدائن إذن هو الذي يثبت في المسؤولية التقصيرية أن المدين قد أخل بالتزامه وأحدث الضرر بخطأه . ولكن ليس ذلك لأن المسؤولية تقصيرية ، بل لأن الالتزام الذي أخل به المدين هو التزم بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات في المسؤولية العقدية يحمله المدين تارة وطوراً يحمله الدائن تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدي السابق هو التزم بإيجاب أو التزم سلباً ، وعبء الإثبات في المسؤولية التقصيرية يحمله الدائن في جميع الأحوال لأن الالتزام القانوني السابق هو دائماً التزم سلباً . فالعبء إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسؤولية هل هي عقدية أو تقصيرية ، بل بالالتزام السابق هل هو إيجابى أو سلبى .

٣ - الإعذار : وليس صحيحاً أن الإعذار يشترط في المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية . فالإعذار لا يشترط في الالتزامات السلبية إذا أخل

بها المدين ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية . ولما كان الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبى ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضاً لا يشترط في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعبرة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً . لا بما إذا كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية .

٤ - مدى تعويض الضرر : والسبب في أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل في حساب المتعاقدين لأنهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ - التضامن : والسبب في أن التضامن يثبت بمقتضى القانون في المسؤولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب في الضرر ، فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب في الضرر فوجب عليه التعويض كاملاً ، ومن ثم قام التضامن .

٦ - الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية : والسبب في أن هذا الإعفاء لا يجوز في المسؤولية التقصيرية أن القانون هو الذى قرر أحكام هذه المسؤولية ، فهى من النظام العام .

٧ - التقادم : وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات في بعض الأحوال ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية . بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتأها هو ، وقد لا يرتئها مشرع آخر . وكان القانون القديم يجعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما في المسؤولية العقدية .

٥١٢ - الموضع الصحيح للمساءلة - وموجب التمييز بين المسؤولية العقدية

والمسؤولية التقصيرية : لاشك في أن المسئولين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد . فكلتاهما جزاء للإخلال بالزام سابق . ولا فرق بينهما في هذه الناحية . لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسؤولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا في العقد ، ولا محل للكلام فيها لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية ، وعيب الإثبات وضرورة الإعذار العبرة فيهما لا بأن المسؤولية عقدية أو تقصيرية . بل بأن الالتزام السابق إيجابى أو سلبى .

ولكن إلى هنا تنقضي المسئولتان. وهما تختلفان بعد ذلك . تختلفان في أن الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية هو التزام عقدي في المسئولية العقدية ، وهو التزام قانوني في المسئولية التصهيرية . وهنا الاختلاف ترتب عليه فروق جوهرية لا فروق عرضية .

في المسئولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان يلزامتهما إنشاء هذا الالتزام السابق وحددا مداه . ومن ثم ربما مدى التعويض عن الضرر ، فلم يدخل في حسابها الضرر غير المتوقع . ولم تنصرف لإرادتهما إلى التعويض عنه ، فلا تعويض . ومن ثم كانت لإرادة المتعاقدين ، إذا تعدد المدين ، هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسئولية ، والأصل ألا تضامن بين المدينين ، فإذا أريد التضامن وجب أن تنبج لإرادة المتعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز للمتعاقدين ، وهما اللذان يلزامتهما حددا مدى الالتزام ، أن يتراضيا على الإعفاء منه في حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقدم الالتزام ، وهما اللذان ارتضياه ، إلا بمدة طويلة هي خمس عشرة سنة .

ولا كذلك في المسئولية التصهيرية . فإن الالتزام الذي ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسئولية هو التزام قانوني . أي التزام القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه . ولم تدخل لإرادة الطرفين في شيء من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعا ، مادام مباشراً ، لأن هذا هو الأصل في التعويض . ولم تدخل لإرادة الطرفين لتوقي التعويض عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث الضرر ، كان كل منهم متسبباً فيه ، ووجب عليه التعويض كاملاً ، ومن هنا فام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التصهيرية ، فإن الالتزام الذي أنحل به المدين هو التزام فرضه القانون . ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذي يقيمه في الحالات التي ينص عليها . ومن ثم رأى المشرع في المسئولية التصهيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه ، أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم في المسئولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام عن طواعية واختيار ولم يعرضه عليه القانون فرضاً .

إذن توجد فروق جوهرية بين المسئولية العقدية . المسئولية التصهيرية ،

ترجع إلى طبيعة كل من المسئولين . فالمسئولية العقابية جزاء للإخلال بالزام عقدي ، والطبيعة العقابية لهذا الالتزام هي التي أملت الحلول العملية التي تتفق معها . والمسئولية التصديرية جزاء للإخلال بالزام قانوني ، وطبيعة هذا الالتزام هي التي أملت الحلول العملية التي تلائمها والتي تخالف الحلول العملية الأولى . فلا بد إذن من التمييز بين المسئولية العقابية والمسئولية التصديرية ، لأن التمييز بينهما يتطلب طبيعة كل منهما ، وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما : هي التي ذكرناها فيما تقدم (١) .

٥١٣ - تحريم نطاق كل من المسئولين : أما وقد وجب التمييز بين المسئولية العقابية والمسئولية التصديرية : وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن نحدد نطاق كل منهما ، حتى تترتب على كل مسئولية ما يتطابق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التصديرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر . فالدائن المضرور هنا أجنبي عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه .

أما المسئولية العقابية فيحدد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد . ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقابية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه في عربته مجاملة (٢) ، أو بدعوة للغداء أو للسهرة ، أو يخطب رجل امرأة ، فلا عقد في مثل هذه الأحوال ،

(١) هنا لى أن عب الإثبات - من الناحية السلبية المحضة - يبدو فرها جوهرية ما بين المسئولين . وقد كان هو والإعفاء الاخلاق من المسئولية سببين رئيسيين لتأسيس المسئولية العقابية في بعض القروض - كما في عقد نقل الأشخاص والزام أمين النقل بسلامة الراكب التزاماً كيف يأتيه الزام عقدي - أو لنقول بالحيرة ما بين المسئولين - كما في عقد النقل إذا اقرن بصرط الإعفاء فإن القول بالحيرة يمكن من اختيار المسئولية التصديرية وهذه لا يجوز الاخلاق على الإعفاء منها .

(٢) سياتي تفصيل للأحكام التي تطبق في النقل المجاني فيما يلي (انظر فقرة ٥٤٦) .

والمسئولة لا تكون إلا تقصيرية . بأن يثبت الضرر أن هناك خطأ ارتكبه المسئول ، كأن يرتكب الصديق خطأ في قيادة العرب ، أو يعمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه ، أو يعدل الخطاب عن الزواج إضراراً بنخطيبته . فإذا قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسئولية العقدية . ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما هي الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانها، وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق، وكما في رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه . كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس في خدمة مصنع واطلع على أسرارها ولما انقضى عقد خدمته دخل في خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التي وقف عليها في المصنع الأول - ويجب أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فالمسئولية العقدية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم في المادة ١١٩ من القانون المدني الجديد ، وهي تقضى بأنه يجوز لتأنيص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته ، . في هذه الحالة ، بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد ، يكون مسئولاً بمسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتياطية التي قادت إلى التعاقد - والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . فإذا دفع أجنبي أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده ، كصاحب مصنع يعرض مستخدماً في مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول في خدمة المصنع الأول . تحققت المسئولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثاني والمستخدم لارتباطهما بالعقد . ولكن لا تتحقق إلا مسئولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثاني وصاحب المصنع الأول ، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسئوليته ثم تحققت هذه المسئولية . فإن مسئولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين . ولكن مسئولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسئولية تقصيرية لأن عقد التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له في عقد التأمين لمصلحة

المصاب ، فإن شركة التأمين تكون مسئولة نحو المصاب مسئولة عقدياً ، دون أن يكون المصاب طرفاً في عقد التأمين . وبعد هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن للمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد . نزولاً على أحكام الاشرط لمصلحة الغير .

والشرط الثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد . فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسئولية العقدية لا تتحقق ، بل تتحقق المسئولية التصيرية . مثل ذلك العيب ، فإن الواهب لا يضمن خطأ الشيء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخطه العيب أو ضمنه . فإن كان الشيء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يعتمد إخفاءه . وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له . فإن مسئولية الواهب تكون هنا مسئولة تصيرية . ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فإن المسئولية العقدية تتحقق . كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري بالرغم من إعذاره وهلاك المبيع في يد البائع . ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التي تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقيق المسئولية العقدية . وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات (١) . ويرجع في التحديد

(١) ويصعب هذا بنوع خاص في العقود التي تشمل على التزام بكافة السلامة (obligation de sécurité) . فقد قل الأشياء يتضمن دون شك هذا الالتزام ، ويميز أمين النقل مسئولا مسئولة عقدية إذا نقل الأشياء التي تعهد بنقلها في أثناء النقل . أما عقد نقل الأشخاص ، فالأمر فيه ليس واضحاً ووضوحه في عقد نقل الأشياء . ذلك أن الشيء إذا نقله أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً تاماً لسلطته ، إذ ليست له حركة ذاتية ، أوله هذه الحركة كالميوافق ولكن يمكن ضبطها . أما الشخص الذي يتعهد أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية ، لا يخضع زلماً خضوعاً تاماً لسلطة أمين النقل . على أن القضاء والفقه ، في مصر وفي فرنسا ، يرتبان التزاماً بكافة السلامة في ذمة أمين النقل ، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص . والالتزام بالسلامة يختلف مداه في عقد عنه في عقد آخر . ففي بعض العقود يكون التزاماً بفعل رعاية ، كالالتزام الطبيب في علاج المريض ، يكفي فيه أن يثبت الطبيب أنه اضطلع بالمهنة واللفظة بالقدر المطلوب في صناعة الطب حتى يكون قد وفى بالتزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسئولية العقدية . وفي عقود أخرى ، كعقد النقل للتقدم الذكر ، يكون التزاماً بتحقيق غاية ، فببكل المدن سلامة الدائن ، ولا تتحقق مسئولية العقدية إلا إذا أثبت الباطل الأجنبي . (انظر في الالتزام بكافة السلامة مرقو ١ ص ١٦٥ - ص ١٨٩) .

التي تية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . وغل القاضى أن يكشف عن هذه التية بطرق التفسير المتادة (١) .

٥١٤ - حرر موانع الجمع ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية :

بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسؤوليتين . وجب أن نواجه فرضاً يتحقق في كثير من الأحيان . وهو أن يتوافر في العمل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية في وقت معاً . ويعرض في صدد هذا الفرض سؤال أول : لا يحرم أى شك في الجواب عليه . هو هل يجوز للدائن الذى أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين ؟

لا شك في أن الدائن لا يجوز له بالجمع بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين . إذ الجمع - بأى معنى فهم هذا اللفظ - غير مستاع

قد يفهم الجمع معنى أن الدائن يطالب بتعويضين - تعويض عن المسؤولية العقدية وآخر عن المسؤولية التقصيرية - وهذا غير مستاع ؛ لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويض واحد ، ولكن يجمع في دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسؤولية العقدية ، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه . ومن خصائص المسؤولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك بإعلان الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية . وهذا أيضاً غير مستاع . فإن كلا من دعوى التعويض العقدية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويتين . أما الدعوى التى يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويتين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية ؛ بل هي دعوى مثالثة لا يعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع معنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويتين

(١) ومن هذه الطرق الرجوع إلى النصوص التشريعية الفسرة لإرادة المتعاقدين أو المحكمة لها . وهذه النصوص كثيرة في العقود المسماة .

فخسرها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه - بخلاف القضاء الفرنسي - يجمع على أن قوة الشيء المقضى يحول دون ذلك . فلا يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى (١) .

٥١٥ - عدم جواز التبرة ما بين المسؤولية العينية والمسؤولية

التقصيرية : الجمع إذن غير مستساغ في أى معنى من معانيه . ومن ثم نرى عدم الدقة في التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسؤولين أو لا يجوز ؟ فهذا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكاً ، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن الشك يقوم إذا أبدل بلفظ « الجمع » ، (cumul) لفظ « الخيرة » ، (option) ، فقبل هل تجوز الخيرة بين المسؤولين ؟ ويراد بهذا أن يقال هل يجوز للدائن أن يختار الدعوى التي يراها أصلح . على أنه إذا اختار أصلح الدعوىين تفيد بها ، فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التي اختارها ؟ وهذا هو الذي تقصد إليه جمهرة الفقهاء عندما يقولون في غير دقة هل يجوز الجمع ما بين الدعوىين . والإجابة على هذا السؤال في وضعه الصحيح تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين . فريق يقول إن للدائن أن يختار بين الدعوىين : وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية التقصيرية فلا يصح للدائن أن يرفع عبر دعوى المسؤولية العقدية ، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية . ونستعرض كلامنا من الرايين . أما الذين يحملون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعوىين قد توافرت ، ومنطلق القانون يقضى بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز أن ترفع . وهنا قد توافرت شروط دعوى المسؤولية العقدية ، فلذا اختارها الدائن جاز له رفعها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسؤولية التقصيرية ، فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا آثرها على الدعوى الأولى .

وأما الذين يقتصرون الدائن على دعوى المسؤولية العقدية فيقولون إن الدائن

(١) وسرى فيما بعد أن هذا هو أيضاً قضاء محكمة الترض في مصر في دأرتها الدينية (ترض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ من ٤٥٢) . أما المأثرة الجنائية فتعقب إلى عكس ذلك (ترض جنائى فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المأثرة ٢٥ رقم ٤٥ من ١٣٢) .

لا يعرف المدين إلا من طريق العقد ، فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدى لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسؤولية العقدية ، وليس له الرجوع بدعوى المسؤولية التصهيرية .

ولا شك في أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين تترتب عليه نتائج عملية هامة تتمشى مع وجوه التمييز ما بين المسئولين فيما قلنا . ومن وجوه التمييز هذه الإثبات . فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسؤولية التصهيرية قائمة على خطأ مفروض ، اختارها الدائن لينقل عبء الإثبات إلى المدين ، ولو أن الدائن قصر على المسؤولية العقدية لكان هو المكلف بإثبات أن المدين قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية . ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية . فإذا تعاقد عميل مع أمين النقل وكان في عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل لإصابة تدخل في حدود هذا الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئولين ، لاختار المسؤولية التصهيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف ، ولو قصر على المسؤولية العقدية لاندثمت هذه المسؤولية أو خضفت بفضل الاتفاق الذى تم على ذلك . وإلى جانب هذين الوجهين . توجد الوجوه الأخرى التى قلنا ما بين التمييز ما بين المسئولين . ففى دعوى المسؤولية العقدية لا يكون التضامن إلا باتفاق ، أما فى دعوى المسؤولية التصهيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن ، فقد يختار المسؤولية التصهيرية ابتغاء أن يجرى التضامن بين المدينين ، أما إذا قصر على المسؤولية العقدية فلا تضامن . وفى دعوى المسؤولية العقدية لا يعرض المدين إلا عن الضرر المتوقع ، أما فى دعوى المسؤولية التصهيرية فيعرض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخيرة نافذة للدائن ، إذ يستطيع أن ينقل من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التصهيرية فينال تعويضاً كاملاً عن الضرر المباشر . ودعوى المسؤولية العقدية تتقدم عادة بخمس عشرة سنة ، أما دعوى المسؤولية التصهيرية فتتقدم بثلاث سنوات . وهنا الخيرة لا تنفع الدائن ، فدعوى المسؤولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسؤولية التصهيرية .

ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء ، في فرنسا وفي مصر (١) ، في هذه

(١) أنظر في انقسام القضاء والفقه في فرنسا ملزو ١ بقرة ١٨٨ - بقرة ٢٠٧ - بلاتول وريير وبولانيه بقرة ٩٢٣ - بقرة ٩٢٨ .

أما في مصر فيقول أن الكثرة من أحكام القضاء الوطني والمختلط تنزع إلى جواز الحجة ما بين المسؤولين . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختطة من أنه إذا اشترط للوَجْر عدم مسئولته عما يصيب للتأجر من الضرر من العين المؤجرة ، فإن هذا الشرط لا يخل للوَجْر من مسئولته التصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣٧١ - وفي ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ م ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٩٦) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان القانون المدني (القديم) لا يلزم للوَجْر بالقيام بأية رمة ، فإن هذا لا يخل من المسئولية التصيرية عن الضرر الذي يصيب للتأجر بسبب تخصيص الوَجْر في ترميم ملكه (استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ١٥٤ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٤٨٥) . ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختطة من أنه إذا اشترطت مصلحة الكلاك الحديدية تحديد مسئوليتها في مبلغ معين في حالة ضياع البضاعة للشعونة ، فإن هذا الشرط لا يسرى في مسئولية هذه المصلحة مسئولية تصيرية عن عمالها أو عن النهر (استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٤٥ - وفي ٢٥ يوليوسنة ١٩٢٢ المجموعة ٤٨٠ - استئناف مختلط في ١٥ مايوسنة ١٩٢٠ م ٣٢٠ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٩٨ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ م ٤٥ - وفي ٨ يوليوسنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٤٧٤ - وفي ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ م ٤٣٤ - وأنظر عكس ذلك استئناف وطني في ٢ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة ٢ م ٢٩ - استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٥٦ م ٢٦) .

وفد قضت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الحجة ما بين المسؤولين ، إذ قررت أنه ولا شبهة... في التزام الناقل ضماناً بسلامة الركاب إلى الجهة المتعاقدة على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول سمات هذا النوع من التعاقد... وأن مؤدى الأخذ بهذا النظر الاستناد في طلب التعويض إلى أحد الأساسين ، المسئولية التصيرية أو المسئولية التعاقدية ، حسبما ينشئ لطالب التعويض . فإذا قصرت وسائله عن إثبات عناصر الأول أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الإسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المجموعة ٣٠ رقم ٢٧٦ م ٥٠١) - ويلاحظ أن المحكمة لم تتمكن في حاجة إلى القول في هذه القضية بجواز الحجة بين المسؤولين ، فإن الحجة إنما تظهر بآثارها في الانتقال من المسئولية التعاقدية إلى المسئولية التصيرية . أما هنا فقد انتقلت المحكمة من المسئولية التصيرية إلى المسئولية التعاقدية ، وكان يكفي أن يقرر أن عقد النقل ينشئ التزاماً عقدياً بضمين سلامة الركاب ، يستطيع أن يحدد إليه المؤمن في مطالبة الدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة القصر فلم ثبت حتى الآن في هذه المسألة قضاء حاسم . فقد أخذت في قضية بالمسئولية التعاقدية ، ولكنها لم تذكر أنها استبعدت المسئولية التصيرية لقيام المسئولية التعاقدية ، وهذا هو ما قضت به : « ليس لرب العمل أن يستغل بما من حقه أن يزيه في أخاطر العمل الذي يستخدم العامل لأدائه . فإن هو فعل صح اعتباره مخلاً بقصد الاستخدام إخلالاً يصلح أساساً »

المسألة الخامسة : فتعني نأخذ بالرأى الذى يقول بالآخيرة للبائن ، وليس له إلا دعوى المسؤولية العقدية . ذلك أن الالتزام العقلى الذى صار للمدين مستولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً في ذاته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقم به . لم يكن مستولاً عن ذلك ، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لما يرم : ولا مسؤولية تقصيرية إذ لا خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلزم به . فإذا أبرم العقد ، قام الالتزام في الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا ترتب عليها إلا المسؤولية العقدية . وليس للبائن أن يلجأ إلى المسؤولية التقصيرية ، إذعى تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون ، والالتزام في حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد . وبين من ذلك أن الأخيرة لا تكون إلا في التزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التى ينقلها يكون قد أخل بالتزامه العقلى الناشئ من عقد النقل ، فتتحقق مسؤوليته العقدية . ويكون في الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانونى الذى يحرم

المستولة . وما كان ثابت في المحكم أن عقليتها لاجئ سنية الطامن لم يرد فيه ما يجد أنه مبرم تأخيرها لدولة عازية ، وأن هؤلاء اللاجئين لم يخالطوا علناً بهذا التأخير ، وكان هذا التأخير من شأنه طيبة أن يزيد في أخطار عليهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت حكمة للوضع قد رأت أن قلم الطامن بهذا التأخير فيه خطأ من جانبه في حق عمله . هذا ولذا كانت المحكمة المذكورة قد ربت على هذا الخطأ مسؤولية الطامن عن فقد ملامى الحبة على اعتبار أن هذا القصد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأينا في ذلك إخلالهم برأى مسألة واقعية فلا تخلف حكمة القضاة ن ترأيه . ومن استظام المحكم على أساس قواعد المسؤولية العقدية ، كان ما ورد فيه خطأ يطبق أحكام قانون التجارة البحرى ترمداً ، وكان ما جاء في الشئ منسباً عليه غير متج (قضى مدنى في ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ من ٥٥٢) .

وفي قضية أخرى يبدو أن حكمة القضاة لا تأبى أن يقوم التوضيح على أساس كل من للتولين ، فقد قضت بأنه « ما دام المحكم قد أتم مسؤولية المحكوم عليه بالتوضيح على كلا الأساليب : العقد والقتل الضار ، فإنه لا تكون به حجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدنى (القديم) التى تنص على أن التضييعات لا تسحق إلا بعد تكليف المتهمة بالدفع عملياً رسماً ، إذ هذه المادة لا تطبق على المسؤولية عن الأفعال الضارة وإذ أن الإخلال الذى تنص عليه غير لازم في حالة المسؤولية العقدية عند الإخلال بالتزام سنى (قضى مدنى في أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ من ٥١٣) .

وأما القضاة فيصر ففهم . فمن القضاة من يقول ببطلان الحجة (مطلق مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٨) — وقد كنا نقول بها في اللوز (فقرة ٢٠١) . ومنهم من يقول بصر القضاة على المسؤولية العقدية (الدكتور سليمان مرقس في الفصل الثامن من ١٧) .

عليه السركة حتى لو لم يوجد عقد النقل ، فتحقق مسئولية التصيرية .
واللذان أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخبرة يضيع على الدائن في بعض الحالات
حقه العادل في التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذي تتضمنه عادة
عقود النقل كاف للدفع المسئولية العقدية ، وقيام هذه المسئولية كاف
يلوره لمنع المسئولية التصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية
لوجود شرط الإعفاء ، ولا بالمسئولية التصيرية لوجود عقد النقل . ولكن
هذه النتيجة هي التي أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان
- كما هو الغالب - حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تصفياً يجوز للقاضي
إلغاؤه أو تعديله ، فإنه يجب الزول على إرادة المتعاقدين (١) .

§ ٤ - تطور المسئولية للتصيرية

٥١٦ - تاريخ هذا التطور هو توسع مستمر في المسئولية التصيرية :
وقف الآن عند المسئولية التصيرية . بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع
المسئولية فيما تقدم . ونستعرض في إيجاز تاريخ تطورها .
ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسئولية التصيرية هو تاريخ
توسع مستمر في هذه المسئولية .

فن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسئولية إلا فيها ، إلى توسع تدريجي
في هذه الحالات ، إلى شمول وصل بالمسئولية التصيرية إلى أن تكون قاعدة
عامة . وهذا ما وصل إليه التطور في القانون الفرنسي القديم . وانتقل منه إلى
التقنين الفرنسي في سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين الفرنسي أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهي قد قامت
على فكرة جوهرية هي فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تنقلص .
فبعد أن كان الخطأ لا بد من إثباته . قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً .
وها نحن نشهد في الوقت الحاضر فكرة تحمل الشعة (risque) تقوم إلى جانب

فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً
فتستعرض هذا التطور : منذ القانون الروماني إلى عصرنا الحاضر ،
استعراضاً سريعاً .

٥١٧ - القانون الروماني : تتميز نظرية المسؤولية التصهيرية في

القانون الروماني بخصائص ثلاث :

أولاً - لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض . بل كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية . ذلك أن المسؤولية التصهيرية كانت في القديم مبروكة إلى الأخذ بالتأثر ، ثم انتقلت إلى الدية الاختيارية ، ثم إلى الدية الإجبارية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التي تستوجب تدخل الدولة محدودة محصورة لا تتخطى قاعدتها عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدريج في خلال القرون ، وأخذ كل عمل يتسع نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التي كان قانون أكيليا (Aquilian) ينص عليها . فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التي تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدريج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشيء الذي يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشيء (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذي وقع على الشيء غير مادي ، كإحداث صوت يندفع من سباعه حيوان فيجفل ، أو وقع عمل مادي على الشيء ولكن لم يصبه بتلف مادي ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب . كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحلت الجريمة من هذه القيود المادية . ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة في التعميم جريمة الدنس (dol). وتلى ذلك أعمال ألحقت بالجرائم (quasi-délits) فأصبحت ترتب المسؤولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا في وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض

ثانياً - ولم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التي ترتب المسؤولية تتمحض

تعويضاً مدنياً . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض الملقى كأثر من آثار الماضي . وقت الأخذ بالثأر ودفع الدية .

ثالثاً - ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدريج . فلم يكن الخطأ في بادئ الأمر شرطاً ، بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . أما في الأعمال التدليسية أى الغش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر .

١٨٩ - القانون الفرنسى القديم : يرجع إلى القانون الفرنسى القديم ، و تطورات المتعاقبة ونحت تأثير القانون الكنسى ، الفضل في تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، ثم في تمييز المسئولية التصيرية عن المسئولية العقابية . والغريب أن فقهاء القانون الفرنسى القديم فعلوا ذلك ، في بعض منه ، عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئاً . فإن هذا القانون لم يصل في أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التى أتبنتها للقانون الرومانى لئرى ماذا صارت إليه في القانون الفرنسى القديم .

أولاً - انتهت القاعدة العامة في المسئولية التصيرية إلى أن توضع وضعا واضحاً ظريفاً . وضعها دوما (Domat) أكبر فقيهى القانون الفرنسى القديم ، في كتابه المعروف « القوانين المدنية » (Lois civiles) على النحو الآتى : « كل الخسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص ، سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما تنبئ معرفته أو أى خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً ، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان علم تبصره أو خطأه سبباً في وقوعها » (١) .

ثانياً - وتمحض جزاء المسئولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية : على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . أما الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف فيجب الجزاء عليه بحمل أثراً من فكرة العقوبة . يمثّل في أن دعوى التعويض تستقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى

(١) « Toutes les peines et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, et légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu ».

أقربه الأدين إذ هم أصحاب الضرر .

ثالثاً - وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التقصيرية . بل إن الخطأ العقدي ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ التقصيري وعن الخطأ الجنائي كما تقدم القول : وهذا ما يقوله دوماً في هذا الصدد : « يمكن التمييز ، في الخطأ الذي يكون من شأنه أن يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بجناية أو بجنحة - وخطأ يرتكبه الشخص الذي يخل بالزاماته العقدية : كما إذا لم يسلم البائع الشيء مبيعاً أو لم يقوم المتأجر بالترميمات التي ألزم بها - وخطأ لا علاقة له بالعقد ولا يتصل بجناية أو بجنحة ، كما إذا ألقى شخص عن رعدة شيئاً من النافذة فأثقلت ملابس (أحد المارة) ، وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حرامته غير محكمة ، وكما إذا أشعل شخص حريقاً عن تقصير منه . وكما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوق على بناء آخر وأحدث به ضرراً (١) » .

٥١٩ - التقنين المدني الفرنسي : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث

بوضوح في التقنين المدني الفرنسي . فقد صارت المسئولية التقصيرية في هذا التقنين قاعدة عامة . وتميزت عن المسئولية الجنائية . وقامت على أساس الخطأ . وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن « كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه » . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتي : « كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب . بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره » . ويبدو أن واضعي التقنين الفرنسي فصلوا النص على الأعمال العمدية في المادة ١٣٨٢ . وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إهمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيما ورد به من عموم لا يحتمل هنا التحديد . بل هو شامل لجميع

(١) « On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages : celles qui vont à un crime ou à un délit ; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu ; et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gêne un habit, si des animaux mal gardés font quelque dommage, si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre et y fait des dommages » .

الأخطاء التي تترتب عليها المسؤولية التصهيرية ، عملية كانت أو غير عملية . ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسي من المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضاً أقاموها على فكرة الخطأ . فنتت المواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦ على المسؤولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية التبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان ، والمسئولية عن البناء . وفي كل هذه النصوص لم يرد واضعو التقنين الفرنسي أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هي الحالات التي يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً ، بل عن عمل أتى به آخر في رقابته أو حدث من شيء تحت يده . ولكن مسئولية في كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً ، فقد قصر في رقابة الغير أو أهمل في حراسة الشيء .

٥٢٠- تطور المسؤولية التصهيرية منذ التقنين المرفى الفرنسي - نظرية

تحميل التبعة (risque) : وقد تطورت المسؤولية التصهيرية منذ صدور التقنين الفرنسي تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس ، وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . بل حتى اختفت تماماً وأخلت مكانها لنظرية تحميل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور . أمسك زمامه في يده ، وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوز به إلى مسؤولية لا تقوم على خطأ أصلاً بل على محض تحميل التبعة . وتفصل ما أجملتناه .

كان للتطور الاقتصادي السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر في تطور نظريات المسؤولية التصهيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيماً باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر انكاساً في استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحقّقاً مما كان عليه الأمر في الماضي . فساد ركن الضرر في المسؤولية التصهيرية إلى البروز حتى كاد يغطي على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسؤولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان

المعيار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور . متأثراً بعاملين . أولهما علمي
هو ما نشرته المدرسة الوضعية (école positiviste) الإيطالية بزعامة فرى (Ferri)
من وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية . حتى في
المجرم نفسه . فيعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه . بل بالنظر لما تقتضيه
حماية المجتمع . وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية في القانون الجنائي .
فأولى بالقانون المدني أن يكون الميدان الحصب لهذه النظرية . والعامل الثاني
علمي ، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل وزيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً
على العامل في الكثرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ في جانب رب العمل
حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه في البدء أن يعالج الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص
التعنين المدني الفرنسي . فشبّه الآلات بالبناء . وما دام يكنى في البناء إثبات
العيب حتى يكون صاحبه مسئولاً . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً
فيها كان رب العمل مسئولاً عما تحدثه الآلات المعبية من الضرر . ولكن
تيسر الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن الصعوبة في إثبات العيب
في الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة في إثبات الخطأ في جانب رب العمل .
ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى . فجعل رب العمل مسئولاً مسؤولية عقدية عن
سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يماش الفقه في
استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعاً . واجه الصعوبة من طريق
مباشر . فتأدى بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية
التقصيرية ، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة
الضرر وتحمل تبعته . وهذه هي نظرية تحمل التبعة . فمن خلق تبعات بعيد من
مفاعمها . وجب عليه أن يحمل عبء مغارمها . وقد قام على رأس الفقهاء ،
ينادى بهذه النظرية . سالي وجوسران . وبنياها على تفسير جديد محور
للعادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي . فذهبوا إلى أن المشرع
الفرنسي لا يشترط ركن الخطأ في المادة ١٣٨٢ إذ يقول : « كل عمل أيا كان

يوقع ضرراً بالغير ... » (à l'homme qui cause à autrui un dommage)، وأنبرسم قاعدة عامة في المسؤولية عن الأشياء والفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ إذ يقول : « يكون الشخص مسئولاً ... عن الضرر ... الذي يحدث بفعل الأشياء التي هي في حراسته ، . (On est responsable... du dommage.. qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde على أن الفقهاء لم يحدوا على النصوص وحدها ، بعد تحويرها هذا التحوير الذي لم يخطر ببال المشرع الفرنسي وقت وضع الترتين ، بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية قهية كاملة أسموها «نظرية تحمل التبعات المستحدثة» (théorie des risques créés) أو النظرية الموضوعية (théorie objective) يقابلون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التي تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا إن النظرية الشخصية لم تعد تتفق لا مع المتعلق ولا مع التطور الاقتصادي . قهي أولاً تصطلم مع المتعلق ، فند انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، وأصبح التويض المدني لا دخل للعقوبة فيه . لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية . ويجب أن يكون أساس هذه المسؤولية الضرر الذي يستوجب التويض . لا الخطأ الذي يقتضي العقوبة . وهي بعد ذلك تصطلم مع التطور الاقتصادي . وذلك منذ أصبحت المجترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فما دام الشخص يتضرع بالشئ فن العدل أن يحمل تبعته . والغرم بالغنم . وإذا كانت المسؤولية الشخصية تصلح في نظام اقتصادي يقوم على الزراعة . ففي نظام اقتصادي قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسؤولية الموضوعية . فالواجب إذن في رأى هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية الموضوعية ، أى دحر المسؤولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسؤولية المنجدة عن أى خطأ . ويوجه هذا النظر أساس معقول يقوم على الاعتبار الآتي : يتبع ضرر لا خطأ من أحد ، فن الذي يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أتحملة الضرر وهو الذي خضع لتبعة لم يكن له يد في إيجادها وليس هو الذي يفيد منها ، أم يتحملة محدث الضرر وهو الذي توجد هذه التبعة وهو الذي يفيد منها ؟ أضف

إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر : فإن هذا يدخل في مخاطر صنعه . وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر . ونحبه أن ياجأ إلى التأمين لمصلحة عماله . فإن ذلك لا يبيظه . بل هو يحقق به معنى التضامن الاجتماعي . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار . كبير المنفعة . يسهل التأمين في شأنه . هذه هي العناصر الثلاثة التي إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً ، لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفروضاً . ولو كان هذا الفرض غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسؤولية الخطأ لا الضرر ، والمسئول هو الحارس لا المتضرع . أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المتضرع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن المدين في المسؤولية الشخصية . إذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات . يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ في جانه . فإذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس ، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس . استطاع المدين أن يدفع المسؤولية بإثباته السبب الأجنبى . فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسؤولية الشخصية عن نفسه . إما بنى الخطأ في ذاته . وإما بتعيب كسب للضرر الذى وقع . أما المسئول في المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى لو نفى الخطأ . وحتى لو أثبت السبب الأجنبى . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه . ولو بغير خطأ منه . فهو المسئول عنه . هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية في أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً ، ووجد غناء في نظرية الخطأ انشروا . ولم يبق ثابتاً على النظرية في معناها الواسع الغامض إلا قلة من الفقهاء . فيهم جوسران ودعوج وسلافاتيه . وكان السبب في وقوف الفقه عن النص في النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء في فرنسا . لما الشريعة الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية ، وبقى

بعيداً عن أن يأخذ بها كمقاعدة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها في بعض نواحي النشاط وما يتولد عنها من تبعات . أخذ بها في تبعات الحرفة (risque professionnel) وذلك في تشريع العمال الذي صدر في سنة ١٨٩٨ . ثم امتد بتشريعات متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدعت كل هذه التشريعات في تشريع موحد صدر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، تم في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسؤولية على غاطر العمل ، فإذا أصيب العامل بضرر في أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل . حكم له بتعويض مقدّر (forfaitaire) لا يصل إلى التعميـض الكامل . ولا تنفي المسؤولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنفي بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أيضاً في «تبعات الطيران» (risque de navigation aérienne) ، فقد صدر تشريع في سنة ١٩٢٤ يجعل المنتفع بالطيارة مسؤولاً عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار . ولا تنفي المسؤولية حتى لو أثبت المسؤول القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو عمل الغير . وإنما تنفي بإثبات خطأ المضرور . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أخيراً في «تبعات التضامن الاجتماعي» (risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر في سنة ١٨٩٥ يجعل الدولة مسؤولة عن تعويض اغتصام عليه في جنحة أو جناية في الأحوال التي يجوز له فيها طلب مراجعة القضية (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه بريء (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية) . وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) . ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر في سنة ١٩١٩ وآخر في سنة ١٩٢١ بوجان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة في أحوال معينة . وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطني (défense nationale) . ولا يزال أنصار المسؤولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة في كثير من المتناوّل . فهذه تبعات الحرفة . وتبعات الطيران . وتبعات التضامن الاجتماعي ، قد رتب المشرع المسؤولية عليها جميعاً . فليس بعيداً أن يرتب المسؤولية بعد ذلك على «تبعات الملكية» (risque de propriété) ، ثم على تبعات النشاط بوجه عام (risque d'activité) . حتى يستكمل بذلك جميع الصور في «تبعات

الخطر المتحدث (risque créé) . ولكنا لا نزال بعين كثير في ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور . بل إن أهم صورة فيها ، وهي صورة تبعات الحرق ، ليست تسجيلاً كاملاً للمسئولية الموضوعية ما دام المفروض لا ينال تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسي قد أصدر ، من جهة أخرى ، تشريعات هي نقي صريح للمسئولية الموضوعية ، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات (١) .

وأما القضاء الفرنسي فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية . بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً في جعل هذا الخطأ مفروضاً في أحوال كثيرة . وسرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . واستعان القضاء الفرنسي ، إلى جانب الخطأ المفروض في المسئولية التصهيرية : بالمسئولية التقديرية في بعض الحالات . وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) في بعض العقود وبخاصة في عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسئولية التصهيرية . ولم يحد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التي تقول بها أنصار المسئولية الموضوعية ، وذلك عن طريق الخطأ المفروض .

٥٢١- المسئولية التصهيرية في التقنين المصري القديم : وقد أخذ

التقنين المصري القديم قواعد المسئولية التصهيرية عن القانون الفرنسي في وقت كان القضاء الفرنسي فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض . فوضع القاعدة العامة في المسئولية التقديرية . وأقامها على خطأ واجب الإثبات . إذ نص في المادتين ٢١٢/١٥١ على ما يأتي : « كل ضل نشأ منه ضرر لتغير يوجب

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل سنة ١٩٢٧ ويتعلق بمسئولية اللطعن عن تلاميذ . وقد أُلغِيَ به قانون ٢٠ يولي سنة ١٨٩٩ . وفلسفتي هذا القانون مسئولية الدولة مئة مائة مائة مسئولية اللطعن ، ولكنه طلب لتسحق منه المسئولية إثبات خطأ في جانب المدعى أن يكن هذا الخطأ مفروضاً .

ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ يمتنع فيه من اللادة ١٢٨٤ - بيد أن سلم أن هذه اللادة تهم المسئولية عن الأشياء على خطأ مفروض - حالة الحريق ، محل المسئولية فيها عزم على خطأ واجب الإثبات .

ملزومية فاعله بتعويض الضرر . ثم عرض لحالات الخطأ المفروض على غرار القانون الفرنسى ، فأكمل نص المادتين ٢١٢/١٥١ بما يقرر مسئولية المكلف بالرقابة عن هم تحت رعايته ، وأقام هذه المسئولية على خطأ مفروض ، إذ قضى فى عبارة غامضة بما يأتى : « وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشء عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته أباهم » . ثم انتقل إلى مسئولية المتبوع عن التابع (م ٢١٤/١٥٢) ، فالمسئولية عن الحيوان (م ٢١٥/١٥٣) ، فبى المسئولية فى هاتين الحالتين أيضاً على خطأ مفروض . ولم ينقل عن القانون الفرنسى النص الخاص بالمسئولية عن البناء . كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسى المسئولية عن الأشياء على الوجه الذى استقر عليه هذا القضاء أخيراً فى تفسيره للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصرى القديم قد استقر على هذا التفسير .

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدنى القديم . وإذا كان بعض الفقهاء فى مصر نادى بوجوب الأخذ بها (١) ، فإن القضاء المصرى فى أحكامه ، عدا التذلل اليسير (٢) ، قد قطع فى عدم الأخذ بها ، وأعلنت محكمة النقض هذا فى عبارات واضحة صريحة (٣) .

-
- (١) الدكتور عبد السلام ذهبى بك فى الإلزامات طرفة ٧٨١ وما بعدها .
(٢) أنظر فى هذه الأحكام الموجز فى النظرية العامة للإلزامات للوفائى ص ٢٨٢ ملحق رقم ٢ . وانظر بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ خصومة الرسمية ٢٨ عدد ٥٩ — محكمة التمييز الكلية فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المظلة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ — محكمة مصر الكلية المختلطة فى ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ رقم ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٣) وهنا ما قضت به محكمة النقض : « إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولاً عن مخاطر ملكه التى لا يلبسها شيء من التصدير ، بل إن هذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصرى بتماماً ، فلا يجوز للقاضى اعتناء على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أن يرتبه على اعتبار أن المدعى يستحقه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه بسلامة نافية . وإن الحكم الذى يرتب مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث للملح على نظيرته مسئولية مخاطر الملك التى لا تخفى فيها والمسئولية الفقهية يكون قد أنشأ نوعاً من المسئولية لم يقره الشارع ولم يرد ، ويكون إذن قد خالف القانون وصين نفسه » (تفسير مدنى فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩) .

٥٧٢-المسئولية التقصيرية في التقنين المصري الجديد : كان التقنين

المصري القديم قد ألزم الإيجاز التام في النصوص التي أوردتها في المسئولية التقصيرية ، على النحو الذي رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد في هذا الموضوع الكبير الأهمية عدداً غير قليل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسيمة التي كانت تشوب نصوص التقنين القديم (١) .

ويتبين من النصوص التي أوردتها التقنين الجديد أمران :

أولاً - أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن في ذلك صنماً . إذ يجب في هذا الصدد أن يسلك المشرع المصري الطريق الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي ، فيصدر تشريعات خاصة في مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادي أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة ، فيأخذ بها في هذه التشريعات

== ١٩٣٤ مجموعة عمر ١٨٥٠ . وانظر أيضاً : استكتاب خضر الوطبة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحللة ٢٦ رقم ٣٢٨ ص ٧٤٥ - استكتاب محط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٤ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٠٩ (تحمل التبعة الاجتماعية) .

(١) وقد جاء في الذاكرة الإيجابية للمصروع الجنيدى في هذا الصدد ما يأتي :
• بالغ التقنين السابق في إلزام الإيجاز بمدد الأحكام الخاصة بالسل غير المعروف . وليس يحل هذا الوضع من شيء من الفرية . ولا سيما إذا روعي أن أحكام المسئولية التقصيرية قد أسابت منذ صدور التقنين للمدعى الفرنسي ، وبوجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية ، من بسطة الطلاق ما يؤهلها لأن تشغل في تقنين عصرى مكاناً لا يمانيه في أهميته ما أفرد لها حتى اليوم .
وقد عرض المصروع لأحكام السل غير المعروف في قسمين رئيسيين . أفرد أولها للمسئولية عن الأعمال الشخصية ، وهي المسئولية العامة أصلاً ، وقولها إليات الخطأ . أما القسم الثانى فقد جمت فيه أحوال المسئولية بمن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، وهي أحوال تقوم فيها للمسئولية على افتراض الخطأ . وقد أسجل للمصروع القسم الأول بالاعتماد الأسس في المسئولية من الخطأ الثابت ، وأغرضها في نص واضح موجز اتجه من للمصروع الفرنسي الإبطال . والواقع أن التقنينات اللاتينية ، في هذه الناحية ، أرق في حيائها التقصيرية من التقنين الألمانى . فهذا التقنين ، بدلا من أن يضع مبدأ تتطوى في عموم جميع التطبيقات القضائية لقطاع الشخص ، يبدأ بملامحة من النصوص تفرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات لا يتغنى للبدأ العام . ومنه هذا يرب من منقب القانون الإنجليزى . ولكنه أخلق بنظام قانون يحرم على أحكام القضاء ، وعلى التطبيق في المسائل الجزئية ، منه بتعين يحدد له للحرر بهلوى عامة . ولهذا التلة اعترضت عند ذات التقنينات التي درجت على استنباط التقنين الألمانى ، كالتعين الالتزامات الوبرى والتقنين المتساوى للحل والتقنين البولوى . (مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٣٥٠) .

إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذى سار عليه المشرع المصرى فعلا ، متمشياً في ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد (١) .

(١) ومن أم هذه التشريعات الخاصة التى أصدرها المشرع المصرى ، وأخذ فيها بعمل الجيدة بالتقدير المعقول ، نذكر ما يأتى :

١ - قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٣٦) : ويقضى بأن لكل من أصيب بسبب السلوك أو أثناء تأديته ، الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدور فى القانون بحسب جسيمة الإصابة ، ولا يبنى صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تمسك بإصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء سلوكه فحش ومقصود من جانب العامل . ولا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتسكك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر مالم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل . وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، جاز للعامل أن يطالب بمقوقه رب العمل وشركة التأمين معاً متضامين . وإذا كانت الإصابة للوجبة للتعويض فتضى قانوناً مسئولة شخص آخر خلاف رب العمل ، جاز للعامل أن يطالب بالتعويض رب العمل أو ذلك الشخص الآخر . ويعمل رب العمل الذى دفع التعويض على العامل فى حقوقه قبل الشخص المسئول ، كما يضم التعويض الذى يقضه العامل ضلاً من الشخص المسئول من التعويض المستحق له قبل رب العمل ، وإذا دفعت شركة التأمين قيمة التعويض فلتها محل على صاحب العمل فى حقوقه . وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال ، قضى على كل صاحب عمل أن يؤمن على حوادث العمل التى يترتب بالتعويض عنها طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ كما قلنا) بشأن إصابات العمل ، ولا يجوز تحميل العمال أى تعيب فى غفلت التأمين بأية طريقة كانت .

٢ - قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة : ويلحق أمراض المهنة بإصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدور عن هذه الأمراض دون حاجة لى إثبات خطئه ، ومن حيث فرض التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال .

٣ - قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يسبب البانى والمسانم والمعمل والآلات الناجمة بسبب الحرب : وهو قانون مؤقت ، ويخصس التعويض رأس مال يتكون من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجمى من المتضمنين بهذا القانون (فهو بمثابة تأمين إجبارى) ويبلغ من الميزانية العامة حادلاً لا يجزى من هذه الضريبة .

٤ - قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب : ويقضى على ملك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامين بتعويض مقدور لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الركن وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) .

٥ - قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد ببناء الإسكندرية : ويقضى بمسئولية السفينة - فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من المرشد - عن كل ملاح أو حرور يمتدح سفينة الإرشاد أثناء عمليات الإرشاد ، ويقضى كذلك بتعويض المرشد عند انظرار طاقم مع السفينة بسبب سوء الأحوال الجوية أو بناء على طلب ريان السفينة .

ثانياً - جعل التقنين الجديد المسئولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفروض .

ونحن نسير هذا الترتيب . فنبحث المسئولية التقصيرية في فصلين :
(الفصل الأول) في المسئولية عن الأعمال الشخصية .
(والفصل الثاني) في المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣- **مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات :** المسئولية عن الأعمال

الشخصية . أى عن عمل شخص يصدر من المسئول نفسه ، هي مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فالخطأ هنا غير مفروض ، بل يكلف الدائن إثباته في جانب المدعى . وهذه هي القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية ، لم ينحرف القانون عنها إلى مسئولية تقوم على خطأ مفروض إلا في حالات معينة حصرتها المصوص .

والمسئولية ، في قاعدتها العامة . لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فنحن نتكلم في أركان المسئولية . ثم في آثار المسئولية .

الفرع الأول

أركان المسئولية التقصيرية

٥٢٤- **أركانها ثلثة :** تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (١) » .

(١) ندرج النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٠ من المبروع المبدى على الوجه الآتى :

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر » . وفي لجنة المراجعة :

وبتين من هذا النص أن المسئولية التصيرية ، كالمسئولية العقدية ، لها
أركان ثلاثة : (١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .
فتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

المبحث الأول

الخطأ (*)

(La faute)

٥٢٥ - **صائلاه** : نحدد أولاً فكرة الخطأ الذي يوجب المسئولية

التصيرية ، ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

== عدلت المادة تمديداً لفظياً فصارَت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبحت المادة ١٦٧
في المشروع النهائي . وقد وافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون الذي يجلس الشيوخ تحت
رقم ١٦٢ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٣٥٢ - ص ٣٤٦) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « تنصهر
للمادة ٢٣٠ من المشروع (م ١٦٢ من القانون الجديد) في عبارة أكثر ما تكون إيجازاً
ووضوحاً حكم للمسئولية التصيرية في عناصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على (كل خطأ
هيب ضرراً لغيره) . فلا بد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينها
(مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٣٥٤) .

تأمل المادة ١٦٢ من القانون الجديد للمادة ١٥١ من القانون الوطني القديم والمادة ٢١٢
من القانون المخطط القديم . وهذا نص كل منهما :

م ١٥١ من القانون الوطني القديم : « كل فعل نشأ عنه ضرر لغيره يوجب ملزومية فاعله
ببعض الضرر ... » .

م ٢١٢ من القانون المخطط القديم : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله
ببعض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأضاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة
لنفسه أو لأي سبب آخر » .

(*) **بعض المراجع** : رولان (Rollin) في بعض ملاحظاته على الالتزامات الناشئة من احرعة
وشبه المجرة بروكسل سنة ١٩٢٧ - واتبرت (Ruttenort) في أساس المسئولية عام
العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ - مارتون (Marton) في أساس المسئولية المدنية
سنة ١٩٣٨ .

الرسائل : جرائع لوران رسالة من دن سنة ١٨٩٣ - تيسير (Trismoire) رسالة من
أكس سنة ١٩٠١ - بلاك (Blanc) رسالة من مونبليه سنة ١٩٠١ - كوهندي
(Cohendi) رسالة من ليون سنة ١٩١٠ - سانغتييه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ -
بترمييه (Bettremieux) رسالة من ليل سنة ١٩٢١ - ليجال (Légal) رسالة من باريس ==

المطلب الأول

تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية

٥٢٦- **أمر مختلف في تحديد فكرة الخطأ** : تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية . ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذيوماً ، وهي أربعة :

فرأى شائع بين الفقهاء بقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أي العمل الضار المخالف للقانون (١) . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً في تحديد معنى الخطأ . إذ يبيّن أن نعرف ما هي الأعمال التي تلحق ضرراً بالغير وبشيء عها القانون . وإذا كانت هناك نصوص تعين بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط تعينها ، وهذا ما نطمح فلا نجد في هذا الرأى .

ورأى ثان - قال به الأستاذ بلانيول - يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالزام

== سنة ١٩٢٢ - مينييه (Ménigé) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - ولم (Willems) رسالة من مونييه سنة ١٩٢٨ - شيت (Schmidt) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - بران (Brin) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ - ديران (Dernat) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٢ - فيره (Faire) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ - جوتون (Jouton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٢ - سيني (Sini) رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ - لير (Lemaire) رسالة من ليل سنة ١٩٣٥ - ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ - ميون (Meun) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

الثلاث : بموجب ليني في الشئولة والقصد (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ و ص ٢٨٢) - جيني في محل التهمة وانشئولة (المجلة التعليلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) - بلانيول في أساس الشئولة (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨) - جرميه (Germine) تطوّر حديثاً في الشئولة المدنية (المجلة التعليلية سنة ١٩٢٧ ص ٤٩٣) - إلمني في مبادئ الشئولة المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٤٥٨) بوف ثلاث سال في الشئولة المدنية (المجلة التعليلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧) - شوفو (Chauveau) في مسائل الشئولة (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٣٠٦) - سافاتييه في قواعد المصلحة في الشئولة المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٩) .

(١) أنظر المادة ٢١٧ من القانون : الخطأ الضار ، وتقول : « كل فعل مخالف للقانون ... » . ولديسب ذكرها .

سابق (١). ينق هنا أيضاً أن نعرف ما هي هذه الالتزامات التي يعزى الإخلال بها خطأ . يحاول بلانيول أن يحصرها في أربعة : الامتناع عن العنف ، والكف عن الغش ، والإحجام عن عمل لم تنبأ له الأسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا ترميزاً للخطأ ، بل هو تقسيم لأنواعه .

ورأى ثالث للأستاذ إسمانويل ليقي يقول إن تحديد الخطأ يقتضى التوفيق ما بين أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم . ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ، ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (confiance légitime trompée). وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه .

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين . فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج ، أو هو إخلال بواجب يتبين من أصل به أنه أصل بواجب كما يقول ساقاتيه ، أو هو انتهاك الحرمه حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران . والاعتداء على الحق . والإخلال بالواجب . والحق الأقوى أو الحق المماثل كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ ، بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد .

٥٢٧- الخطأ كركنه - ركن مادي وركن معنوي : والرأى الذي

استقر قهها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية . فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالترام قانوني . كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالترام عقدي . وقد رأينا أن الالتزام العقدي الذي يمد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية

(١) ومعناه من عبارة بلانيول ذاتها : La fauto est un manquement : une obligation préexistante) ٥ (بلانيول ٢قرة ٨٦٣).

(obligation de moyen). أما الالتزام القانوني بغير الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية . وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انغرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انغرف . كان هذا الانغراف خطأ يستوجب مسئولية التقصيرية .
ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركتين : الركن الأول مادي وهو التمدي (culpabilité) ، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك (imputabilité، discernement).

١٤ - الركن المادي : التمدي

٥٢٨ - مقياس التمدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي : نستظهر مما تقدم أن الخطأ انغراف في السلوك . فهو تمد يقع من الشخص في تصرفه ، ومجازاة للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه . فكيف يقع هذا الانغراف ؟ وما هو ضابطه ؟
يقع الانغراف إذا تعدد الشخص الإضرار بالغير - وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) - أو إذا هو دون أن يصعد الإضرار بالغير أهل وقصر - وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quasi-délit civil) .
أما الضابط في الانغراف فيتصور أن يرد إلى إحدى وجهتين : وجهة ذاتية (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فمقياس التمدي الذي يقع من الشخص مقياساً شخصياً (in concreto) إذا انغرفنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً (in abstracto) إذا آثرنا الوجهة الموضوعية .
والمقياس الشخصي يستلزم أن ننظر إلى شخص التمدي نفسه ، لا إلى التمدي في ذاته . أو نحن ننظر إلى التمدي من خلال شخص التمدي . فبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انغرافاً في السلوك ، أي في سلوكه هو . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير ، فأقل انغراف في سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى المادي في العتلة والذكاء ، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانغراف في سلوكه انغرافاً كبيراً بلزواً . وقد يكون في المستوى

المالوف . فالمعدى بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً في السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضالة ، ولكنه انحراف إذا وقع جتبه جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المالوف . والقياس الشخصي على هذا النحو لا شك في عدالته فهو يأخذ كل شخص بحريته ، ويقيس مسئوليته بمقياس من فطنته ويقظته وهو في الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانوني والخطأ الأدبي . فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . فقصيرة دليله ووازه ، يشمره بما هم أن يرتكب من خطأ ، ويثبه عنه ، أو يسجله عليه . ولكن المقياس الشخصي فيه عيب جوهري لا يصلح معه أن يكون مقياساً متضببطاً وافياً بالغرض . فهو يقتضي أن تنسب الانحراف في السلوك إلى صاحبه . فتتفر إلى الشخص ، ويكشف عما فيه من يقظة . وما خلص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات . وهنا كله أمر خفي . بل لعله أن يكون من الخفاء بحيث يستعصى على الباحث المبدق كشفه . ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص إلى شخص . فالانحراف عن السلوك المالوف ، تراه الناس في العادة انحرافاً محققاً . يكون تدبياً بالنسبة إلى شخص ذي فطنة أو شخص عادي . ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة . فاذنب ضحية هذا الانحراف ؟ وما الذي يعنيه وقد حاق به الضرر - من أن يكون التسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادي أو دون هذا المستوى وهل التعويض جزاء جنائي ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة . فيصيب المجرم في نفسه قبل أن يصيبه في ماله ؟ أو هو جزاء مدني ينظر فيه إلى المعدى قبل أن ينظر إلى المتعدى ، فيصيب المشتك في ماله قبل أن يصيبه في نفسه ؟ لا شك في أن التعويض جزاء مدني لا عقوبة جنائية . ولا شك كذلك في أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كاللدين بمقتضى العقد ، لا تعبه الظواهر النفسية بقدر ما تعبه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شيء اجتماعي قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن في العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعبا بما يمكنه من سريرة خفية ، كذلك الدائن في العمل غير المشروع ينبغي أن يقف عند الانحراف من السلوك المالوف لا يعبا بما يتطوى عليه مدبه من تراخ أو يقظة .

من أجل هذا كله رجح لأخذ بالمقياس المجرد دون المقياس الشخصي .
فمقاس الانحراف بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية . هذا الشخص
المجرد هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس . فلا هو خارق الذكاء
شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدود اليقظة حامل الهمة فينزل
إلى الخفض : وهو الشخص الذى اتخذناه من قبل مقياساً للخطأ التقضى في
الالتزام ببذل عناية . حيث يطلب من المدين أن يبذل عناية الرجل
العادى . وهو شخص عرفه القانون الرومانى ، وسماه برب الأسرة العاقل
(bon père de famille) . ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادى
ونقيس عليه سلوك الشخص الذى نسب إليه التحدى . فلأن كان هذا لم يتعرف
في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادى . فهو لم يتعد ، وانتهى عنه
الخطأ ، ونقض المسئولية عن كاهله . أما إذا كان قد انحرف ، فهما يكن
من أمر فطنته ويقظته ، فقد تعدى ، وثبت عليه الخطأ ، وترتبت المسئولية
في ذمته . بهذا وحده يسلم لنا مقياس متضبط صالح واف بالغرض . فلا
نحن في حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر ،
ولا لقياس يختلف في تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التحدى أمراً
واحداً بالتنبية إلى جميع الناس ، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف
المألوف من سلوك الناس صار تعدياً ، يستوى في ذلك أن يصدر من طفل ذكى
أو وسط عادى ، أو خامل غبي . ويصبح الخطأ شيئاً اجنبياً لا ظاهرة نفسية ،
فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية (١) .

(١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التحدى في هذا الصدد ما يأتي : « وفى
فقط (الخطأ) في هذا المقام عن سائر الموت والكنى التي تخطر بباله في سره التمييز
كالمصالح (الصل غير المشروع) ، أو (الصل الخائف القانون) أو (الصل الذى يجره القانون)
الخ ... فهو يتناول الفصل السلبى (الامتناع) والصل الإيجابى ، وتصرف دلالته إلى مجرد
الإعمال والصل المدعى على حد سواء . وعلى عن البيان أن سرد الأعمال التى يتحقق فيها معنى
خطأ في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه المسك ، ولا يؤدي قط إلى
وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي . وهو يستند في ذلك بما
يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه . فنية التزام يترتب على
الكفافة عدم الإضرار بالغير ، وعقوبة هذا النهى هى التى يتلوى فيها الخطأ . ويقتضى هذا
الالتزام تبصراً في التصرف ، بوجوب إعماله ببذل عناية الرجل الحرص (انظر الرجل العادى) . »

ولا نريد في دفاعنا عن المقياس المجرد - وهو المقياس الذي أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء - أن نخفي ما يتطوى عليه من تسليم جزئي بقيام المسؤولية على تحمل التبعة (risque) . ذلك أن الشخص الذي هو دون المستوى العادي من القطة واليقظة . إذا أخذ بهذا المقياس : كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادي . فقد يكون استفد ما وسعه من جهد ، وبذل ما في طاقته من حرص ويقظة . ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادي . فبعد انحرافه عن هذا المستوى تعديا . ويصبح مسئولا . ومسئولته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانوني بالنسبة إلى المقياس المجرد . فهي لا تقوم على أي خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصي ، ومن هنا يحىء تحمل التبعة . فكان المطلوب من الناس جميعاً ، وهم مأخوذون بهذا المقياس المجرد . أن يبلغوا من القطة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غنياً . ومن نزل عنه كان نزوله غراماً . هكذا يعيش الإنسان في المجتمع . وهذا هو الخن الذي يدفعه للعيش فيه .

٥٢٩ - التجرد من الظروف الراهلية لأمن الظروف الخارجية: وهذا

المقياس المجرد - مقياس السلوك المألوف من الشخص العادي - قد نجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية الملازمة للشخص المتعدى . إذ هي ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادي

== وقد أقر القنين السماوي هذا الضابط التوجيهي إقراراً نصرياً ، نص في المادة ١٢٩٧ على أنه (يفرض فبين يشع بقاء المالك أن توافر فيه درجة الانتباه والناية التي تتوقع في سواد الناس . ويتحقق معنى الخطأ في كل عمل ينشأ عنه ضرر . بحق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة) . وقد عرض القنين البولوني ، بعد أن وضع المبدأ العام في المسؤولية التصيرية ، لصورة التعريض والإفاته على الإضرار وصورة الإفاته من الضرر . فقرر في المادة ١٢٦ مسئولة من يجرى شخصاً آخر على الإضرار بالغير أو يهينه على ذلك ، كما قرر مسئولة من يغيب عن يئنه من ضرر يصيب الغير . أما حكم الصورة الأولى ، وهي الخاصة بمسئولة الفريك ، فلا وجه لشك فيه ، لأن الاشتراك في ذاته يعتبر خطأ مستقلاً . ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال علا للخطر من وجوه ، فإذا لم يكن قد وقع ممن أئرى على هذا النحو خطأ معين ، ولم يتجاوز أمره حدود الانتفاع عن يئنه من ضرر أصاب الغير ، فلا يجوز مساءلته إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب (أنظر المادة ٥٠ من قنين الالتزامات السويسري) .

(مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥) .

حتى لو كان هو محدود الذكاء . قليل الفطنة ، ضعيف الإدراك (١). وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطيء الحركة ، خامل الهمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان عنيف التصرف ، ثائر الطبع ، عصبي المزاج - ولو أن سائق السيارة ليلاً في المدينة كان ضعيف النظر ، أو كان صديقاً صغيراً في السن ، أو كان ريفياً لم تعود القيادة في المدين ، أو كان امرأة لا تضبط أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فما زال السائق مأخوذاً بقياس السلوك المألوف من الشخص العادي . والشخص العادي هنا رجل سليم النظر . تعود القيادة . يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه . هذه هي الصفات التي ألفتها الناس . وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيارة ليلاً في المدينة .

نقول : سائق السيارة ليلاً في المدينة ، ولم نقل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد . ذلك أن الشخص العادي الذي جعل مقياساً مجرداً ، إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف الملازمة للشخص المتعدي إذ هي ظروف داخلية تتصل بهذا الشخص بالذات . فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس . فلا نجرده أولاً من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلاً . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجي ، لا يتفرد به ، بل يستوي فيه مع سائر سائق السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيارة في المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجي كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب الاعتداد بها ، وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته في منطقات ضيقة ، أو في شوارع مزدحمة بالناس : أو على أرض مبلطة . ففي مثل هذه الظروف الخارجية يجب عليه أن يصطنع الحيلة والأمانة في السير . وهو قد يسوق سيارته في شوارع فضيحة أو في طرق خالية من الناس ، أو يتفرق صحراء في طريق ممهد . ففي مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

(١) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المنوي هنا . وسنرى ذلك فيما يلي .

نستظهر إذن مما قلناه القاعدة الآتية : إن الشخص العادى . الذى
يحمل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ . يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية
الذاتية الملازمة لشخص التعلد دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة
التي تحيط بالتعلد . وأهم الظروف الخارجية العامة التي لا يجوز التجرد منها
هي ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن نترك هذا الموضوع . نمود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها
ظروفاً داخلية شخصية يجب التجرد منها . وهي ظرف السن . وظرف
الجنس . وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة : حتى لو
كان صيماً أو امرأة أو ريفياً ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى
المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر في شأن قيادة السيارة .
حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فإنه
لا يصح في شأن الأعمال التي تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل
الريف . فإن الصبي الصغير إذا لعب مع رفاقه لا ينبغي أن يقاس سلوكه
بسلوك الشخص الناضج في السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملاً تابها النساء
عادة . كالطبخ والتوليد والتربية . لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل .
والريفي الساذج . وهو يعيش في قريته الثانية عيشته المألوفة . لا يقاس سلوكه
بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبي الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ،
والمرأة فيما تبشره من أعمال النساء . والريفي فيما يسكن إليه من حياة قروية ،
ينبغي أن يعتبر كل منهم متميلاً إلى طبقة قائمة بذاتها . فتتجرد ، من كل طبقة
من هذه الطبقات الثلاث . شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو المقياس
الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد التي تنتمى إلى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد
للصبيان . فيما هو من أعمال الصبيان . صبي مثلهم ، يتجرد عن الظروف
الداخلية الشخصية التي تتعلق بصبي بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، فيما
تبشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطياتهن تتجرد عن الظروف
الداخلية الشخصية التي تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى ،
فيما يدخل في حياتهم الريفية . قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف
الداخلية الشخصية التي تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل في

أعمال الصيان ، ولا هي من الأعمال التي تباشرها النساء عادة ، وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفاً داخلية شخصية لا ظروفاً خارجية عامة . ومن ثم يبين أن الظروف الواحد قد يكون ظرفاً داخلياً شخصياً بالنسبة إلى شيء معين ، ثم يتقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر . وفي هذه القضية التي نقول بها ما يجعل المقياس المبرد أوفر مرونة وأكثر مطلوعة لخصائص الظروف (١) .

٥٣٠- عبء الإثبات في ركن التعرض : والتدنى على الوجه الذي بسطناه ، إذا وقع من شخص فالحق ضرراً بآخر ، كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المتدنى . فإن المسؤولية هنا قد ترتبت على عمل شخصي صدر من المسئول ، وقد أسلفنا أن المسؤولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فعل الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن المدعى قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي ، فترتبت المسؤولية في ذمته . وهذا هو عين ما قررناه في المسؤولية العقدية . فقد قلنا أن الدائن في العقد هو الذي يثبت إخلال المدعى بالتزامه العقدي ، كما أن المدعى هو الذي يثبت أنه قام بالتزامه (٢) . وهنا ، في المسؤولية التقصيرية ، يثبت الدائن أن المدعى قد أخل بالتزامه القانوني ، فلم يصطنع الحيلة الواجبة في عدم الإضرار بالتغير ، بأن

(١) ولا يصح تطبيق المقياس المبرد على الخطأ غير المتدنى (الإهمال أو التقصير) في الخطأ المتدنى أيضاً طبق المقياس المبرد . ولا يكفي لتطبيقه أن يقال إن الشخص الذي في سلوكه المألوف لا يصح الإضرار بالتغير ، فيكون الخطأ المتدنى انحرفاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر ملزوم ١ فقرة ٤٣٩) . ذلك أن من يصح الإضرار بالتغير لا يكون مخطئاً في جميع الأحوال . فالتاجر الذي يتلقى تاجراً أكثر مثاقفة شريفة لا يكون مسئولاً حتى لو تعدد الإضرار بتقصيره . وإنما يكون من يصح الإضرار بالتغير متدنياً إذا هو انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص المتدنى . فها نحن هنا نطبق المقياس المبرد ، ولا يفتينا عنه تعدد الإضرار بالتغير . (هون لوكهور

سليمان مرقس في الفصل الثاني فقرة ٣٠) .

(٢) أنظر آخراً فقرة ٤٢٩ .

انحرف عن السالك المألوف للرجل العادي وألحق الضرر بالدائن (١).

٥٣١- مالدات تمتد تجعل التعرض مسموحاً - وإذا أثبت الدائن

في المسؤولية التصرفية وقوع التعدي من المدين . وجع عليه بتعويض الضرر الذي أحدثه هذا التعدي . إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدي صفة عدم المشروعية . فيقبله إلى عمل مشروع لا يوجب مسئولية . إذ هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان في إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعي (état de légitime défense) . أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) . أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض القانون المدني الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة . وهي حالات نقلت عن القانون الجنائي . وتعتبر هناك أسباباً للإباحة . ونستعرضها هنا في إيجاز .

٥٣٢- حالة الدفاع الشرعي : نصت المادة ١٦٦ من القانون المدني

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ولا كان الأصل في المسؤولية التصرفية بوجه عام أن تنال بخطأ يقام الدليل عليه ، فذلك ألغى عنه الإثبات فيها على عائق الضرر ، وهو الدائن . ورامى أن المشروع لم يبلغ في هذه الناحية شأواً معينين الوفيين في ابتناء تلك المسؤولية على أساس الخطأ القروض . فقد انتهى هذا التعيين ، تخريصاً على ذلك ، إلى تحرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . تنص في المادة ٤٠٣ بأن (من أضر بالغير في شخصه أو ماله بزم بتعويض الضرر . ويرى من التزامه هذا إذا أطم الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يقضي هذا الضرر ، أو أنه كانت له سلطة إحداثه بغيره . أو أنه حدث من جراء سبق إصرار الضرر أو إجماع القاضع) . ورامى من ناحية أخرى أن الشك بين أحكام المشروع وبين المسؤولية على أساس تيجة الخطأ المسندة لانزال أبعاد مدى ، مما يفرق تلك الأحكام عن المسؤولية على أساس الخطأ القروض . فذلك أن الأوضاع الاقتصادية في البلاد لا تقتضي تطوراً يبلغ في عمقه مثل هذا الذي . وقصارى ما هناك أن المشروع تقع تطبيق للمسؤولية على أساس الخطأ القروض في نطاق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأعياء . أما المسؤولية على أساس تيجة الخطأ المسندة فلا يوجد في شأنها سوى تعويضات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من التوضوح ما يطمح لها هذا الضرب من التنظيم » . (مجموعة الأعمال المصنفة ٢٠٠٠ ر ٢٠٠٠)

الجديد على أنه من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري . وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وفي لجنة المراجعة تناقش الأعضاء فيما هو الدفاع الشرعي ، واستقر الرأي على أن الدفاع الشرعي هو المحدد بصروطه في القانون الجنائي ، وقد أصبح نص المادة النهائي كما يأتي : « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وأصبح رقمها ١٧٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيخ الترحي ، في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هنا الشيء ومن التفت عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة في الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير . ثم استعيت عبارة « في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره » بعبارة « في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله » لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتماشياً مع الأحكام المقررة في هذا الشأن في قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة . (مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٣٦٩ - ص ٣٧٧) . أُنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧٤ من المشروع الفرنسي الإطال .

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون القديم ، ولكن القاعدة كان مسؤلاً بها ، والقانون الجديد لم يزل غير أن فن أحكام القضاء في ذلك . وورد نص في قانون العقوبات عن الدفاع الشرعي تذكر فيها ما يأتي :

م ٢٤٥ عقوبات : « لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أسابه بجراح أو ضربه أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » . (وتراعى المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠ وقد بينت الظروف التي ينشأ عنها هذا الحق والقيود التي يرتبط بها) .

م ٢٥١ عقوبات : « لا يفي من القاتل بالسلكية من تسمى بنية سلبية حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إليه دون أن يكون له صلاً أحدث ضرراً أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفصل جناية أن يمدد سذوراً إذا رأى ذلك عللاً وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ولما أحدث الضرر كغفك أن يتصل من تبة عمله وبغيره المسؤولية عن نفسه ... لذا أُنبت نوافر سبب من أسباب الإباحة وهي ثلاثة : الدفاع الشرعي ، وصعود أمر من رئيس ، والضرورة . أما حالة الدفاع الشرعي فقد عرفها الفقهان التونسي والراكن في المادتين ١٠٤ - ١٠٥ بأنها =

فالدفاع الشرعي عن النفس أو المال يبيح التعدي ويحمله مشروعاً . ولكن يجب في ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعي وهي : (أولاً) أن يكون هناك خطر حال على نفس الدافع أو ماله ، أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى درجة كبيرة . ولا بشرط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير الدافع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب معقولة (١) . (ثانياً) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير مشروع . فليس

== (حالة يجر فيها الشخص على الصل لمدة اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله) . في يقوم بالدفاع الشرعي في مثل هذه الحالة ، فيجوز ضرراً للعدو ، لا يكون مثولاً ، ولا يعتبر ما وقع منه خطأ يوجب المصادرة . وقد نص القانون الألماني صراحة على ذلك ، فنص في المادة ٢٢٧ بأن « كل عمل يفرس على الشخص جبراً في سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون » . ولم يقتصر القانون البرتالي على تحويل الشخص حق الدفاع عن نفسه نصب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذلك الدفاع واجباً يعم على عائق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبي ، وإنما هو واجب قانوني ترتب عليه تباعد قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا القانون على أن « كل من يمتنع عن مقاومة عمل غير مشروع ، وكان لا يرضى منه لخطر أو أنه قاومه ، يسأل عن التوهم مسئولية احتياطية » . وبعبارة أخرى أن المسئولية لا ترفع في حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان من الجلي إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر في غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ ، ونفس المقتضى ينك تبعة خطأ مشترك يتردد بينها . وفي هذه الصورة يخفى للضرورة بتوهم عادل ولكنه توهم يخفف بقدرة الثاني وفقاً لقواعد الخطأ المشترك » . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط في القانون قيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . وتقدير الدافع أن الفصل يستوجب الدفاع يكفي فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ذلك . وما دامت البررة في التقدير بما يراه الدافع في ظروفه التي يكون فيها ، فإن رأى المحكمة وهي تصدر الحكم في الدعوى يجب ألا يحجب له حساب ذلك . وإذا قول المحكم بأن التهم لم يصب لا هو ولا أحد من الأهل بأية إصابة ، وأن قصد الماكر المبنى عليهم من إطلاق النار وتضويب البندقية إليه كان مجرد التهديد - هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفي مامتك به التهم من أنه كان في حالة دفاع شرعي . إذ هو لو كان اعتمد في الظروف التي كان فيها أن النار التي أطلق كان مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد ممن كانوا معه جعل الواقعة لسكان اعتدائه ما يبرره ولكن كان كافياً في تبرير فعل القتل الذي وقع منه (تحت جنائي في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحللة ٢٤ رقم ٩٨ ==

لمن ألقى القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعي. (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أول إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعي كان متعدياً ، وثبت في جانبه الخطأ . ولكن هذا الخطأ من جانب المعتدى عليه يقابله خطأ من جانب المعتدى . فتكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعي مسئولية مخففة ، والتعويض الذي يدفعه « تراعى فيه مقتضيات العدالة » كما يقضى النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك ، وسيرد ذكر ذلك .

ومنى توافرت شروط الدفاع الشرعي . كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً ، بل هو عمل مشروع لا تترتب عليه المسئولية . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تعدياً ثبت الخطأ في جانب المعتدى عليه ، فإنه يبقى بعد ذلك أن هذا الخطأ قابله من جانب المعتدى خطأ أكبر منه ، إذ كان هو البادئ . والقواعد المعروفة في نظرية الخطأ المشترك تجعل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا يثبت التعدي في جانب المعتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغرقه خطأ أكبر منه .

(الوجه الثاني) أن دفع الاعتداء لا يعتبر تعدياً ، وليس هو بخطأ أصغر استغرقه خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق القياس المجرد الذي يقاس به ركن التعدي يؤدي إلى هذه النتيجة . فما هو السلوك المألوف للشخص العادي إذا دهمه خطر ؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد . مراعيًا في ذلك تناسباً معقولا بين الخطر الذي يتهدده والوسيلة التي يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراع التناسب المعقول بين الخطر والوسيلة

== ص ٣٢١ - أنظر أيضاً نفس جرائد في أبريل سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٥ رقم ٨٢ ص ٤٩٣ .
وفهمت كذلك بأنه إذا كانت الواقعة الناتجة بالحكم من أن التهم لم يطلق المصنف الثوري
فهي أسباب المبنى عليه إلا حين ركد عند التعبير في زراعتهم يسرق منها فها ، من كانت الإصابة
غير معينة ، ما يوجب القول بأن التهم كان في حالة دفاع شرعي عن ملك (نفس جرائد في
١٨ يناير سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٤ رقم ١٤٩ ص ٤٩٠) .

لعله ، اجبر عمله قديماً بخفف منه الاعتناء الذى يودى به طبقاً لقواعد
النظام المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخريج ، لأنه هو الذى يتماشى مع القياس المبرر لمركز
التصديق على النحو الذى أسلفناه (١) .

٢٣٣- ملة تنفيذ أمر صادر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من القانون
الذى الجليل على أنه « لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذى أضر
بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس . متى كانت إضاعة هذا
الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة . وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية
العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة . وأنه راعى في
عمله جانب المصلحة (٢) » .

(١) أنظر مازو ١٠٠٩ - هنا ولو أخذنا بالتخريج الأول ، واعتدنا دفع
الاعتناء خطأ استغرقه خطأ أكبر ، لتصرف تبرير الإغناء من المسؤولية الضعيفة في حالة
الضرورة ، ولكن العمل الضار الذى يقع في هذه الحالة خطأ قائماً بما فيه خطأ يستغرقه من
جانب الضرر (أنظر قرة ٣٤٤ نيايل) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدي على الوجه
الآتي : ١٥ - « لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذى أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً
لأمر صدر إليه من رئيس يجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له . ٢ - وعلى
من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى قام به ، بأن يقيم الدليل على
أنه راعى في ذلك جانب المصلحة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة » . وفي لجنة للراجعة
أبدلت عبارة « من رئيس يجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له » بعبارة « من
رئيس نظام متى كانت إضاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة » ، وذلك
لأن الرئيس ليس هو الذى يجب طاعته ، بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس هو الذى يجب
له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ في المشروع التمهيدى . ووافق مجلس النواب على المادة
دون تعديل . وفي لجنة القانون الذى بمجلس الشيوخ حذفت كلمة « نظام » لأنها تزيد . وأدجت
القرة الثانية في القرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتي : « وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية
العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى في عمله جانب المصلحة » .
وقد موخت اللجنة في التعديل ألا تحصل بين شقي الحكم فصلاً يثير في ذهن أن الأمر لا يعمو
بمجرد الإثبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، ولواقع أن المسؤولية لا ترتفع إلا إذا
توافرت جميع العناصر التى يتضمنها النص . وأوضح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ
على المادة كما عدلتها لجنة . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٧٣ - ٢٧٦) .

ولم يقتض القانون الذى القديم على نص في هذه المادة ، ولكن القضاء كان يسمو على
مقتضى هذا الحكم لاطلاقه على القواعد العامة (أنظر استئناف محظوظ ٢ مارس سنة ١٩٨٩ م)

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التحدى عملاً مشروعاً بشروط ثلاثة :
(أولاً) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاملاً (١) . (ثانياً) أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس . ولو غير مباشر ، طاعته واجبة عليه . وإيس يكفي أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة - وهذا ما كان المشروع التهديد للقانون الجديد يكتفي به - بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذي صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مروضه أمراً غير واجب الطاعة : فلا يجوز للمروض في هذه الحالة أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع ، وإلا كان تعدياً ترتب عليه مسؤولية

== ١٠ ص ١٧٤ - وفي ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١ .

وبتشمل قانون العقوبات على نص يقابل نص القانون المدني الجديد ، هو المادة ٦٣ ، وتجري على الوجه الآتي :

« لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية : (أولاً) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتضده أنها واجبة . (ثانياً) إذا حثت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لا أمرت به القوانين أو ما اعتضده أن إجراؤه من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب مشروعة » .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « وترفع المشوكة كذلك إذا كان الفعل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إداري لانتفاء الخطأ في هذه الصورة . ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان . فيجب أولاً أن يكون محث الضرر موظفاً عاماً . ويجب ثانياً أن يكون الفعل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إداري ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس غلب (وقد رأينا أن المشروع النهائي جعل الطاعة واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس) ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه . وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب مشروعة وأنه رأى جانب المصلحة فيما وقع منه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٩) .

(١) ولا كان القانون المدني القديم لم يشتمل على نص في هذه المسألة كما فعلنا ، فقد كان القضاء لا يعمل صفة الموظف العام أمراً ضرورياً (استئناف مخطط في ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧٤ - محكمة مصر المختلطة في ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جزييت ١٧ رقم ١٨ ص ٢٤) . وكان يبحث هل الوكيل يكون مسؤولاً شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكله (استئناف مخطط في ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٢ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٩) ، وهل مدير الشركة يكون مسؤولاً شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف مخطط في ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٩) ، فكان يفتى بأن هؤلاء يكونون مسؤولين متى كانوا يملكون أن الفعل الذي يفتونه هو عمل غير مشروع .

الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وجبه دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذي نفذه وأن هذا الاعتقاد مبنى على أسباب مقولة لا على مجرد الظن (١) . والثاني أنه راعى في عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحري .

بهذه الشروط وفي هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع عملاً مشروعاً لا يوجب مسئولية ، وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسئولية الرئيس الأمر . وهذا الحكم يمكن تخريبه أيضاً بتطبيق المقياس المجرد . مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى . فإن الشخص العادى إذا وجد في الظروف التي حددتها الشروط المشار إليها لا يجد بداً من تنفيذ أمر رئيسه ، فالوظف إذن لم ينحرف عن هذا السلوك المألوف . فلا يكون متعدياً ولا ترتب مسئولية (٢) .

وما يقال في إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً في إطاعة أمر القانون . فيكفي أن يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجراءاته داخل في اختصاصه ، وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبنى على أسباب مقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحري ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للرجل العادى (٣) .

٥٣٤- **عامة الضرورة** : نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني الجديد على أن ومن سبب ضرراً ضرراً أكبر ، محدقاً به أو بغيره . لا يكون

(١) وظاهر أنه لو اتضح أن الموظف العام كان يعلم عدم مشروعية السل الذي ارتكبه ، فإنه يكون مسئولاً (لشكك مخطط في ٢١ يولية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٥٢١ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) أنظر مازو ١ قرة ١٩٧ .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانياً) — وانظر في الموضوع : استشار

مخطط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إدارى يجعل السل مشروعاً ، فإن الترخيص الإدارى لا يفي من المسئولية المدنية . فلذا جعل صاحب المصنع على رخصة بإدارة مصنفه بعد استيفائه الشروط المقررة ، فإنه يبقى مسئولاً إذا أضر الغير بمحلته ، ولا يستطيع أن يدفع مسئولية بأنه حصل على ترخيص بإدارة المصنع واستوفى الشروط التي طلبتها الإدارة (مازو ١ قرة ٤٩٨) .

ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً (١) .

(١) تاريخ النسخ : ورد هذا النص فى المادة ٢٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « من سبب ضرراً قبيحاً ، وفاقه لفسه أو لغيره من ضرر عسيف يزيد كثيراً على الضرر الذى سببه ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً » . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقم المادة ١٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص حتى أصبح مطابقاً للنسخ الواردة فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله بلتسه . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢٧٧ - ٢٨١) . وانظر أيضاً فى هذا الشأن المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ٢٧٨ من القانون الألمانى ، والمادة ٥٢ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٠ من القانون البولونى .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص يعاقب هذا النص فى القانون المدنى الجديد . ولكن قانون العقوبات تضمن النص الآتى :

م ٦١ عقوبات : « لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وفاقه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لإدواته دخل فى حله ولا فى قدرته منه بطريقة أخرى » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويراعى أخيراً أن حالة الضرورة قد تستجيب التخفيف من المسئولية أو غيرها . ففى تزداد إلى التخفيف إذا لم يكن للضرر نصيب فى قيسها . ويظل عدت الضرر مشغولاً فى هذه الحالة ، ولكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً ، باعتبار أنه أُلجئ . إلى ارتكاب الفعل الضار وفاقه لفسه أو لغيره من ضرر عسيف أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أيسر تبة وأخف وزراً . أما الغير الذى وقع الضرر وفاقه له فيكون مشغولاً قبل عدت الضرر أى قبل الضرر وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . ويعنى التعرز ، فى هذا المقام ، فى التفريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية ، وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى من ناحية أخرى . ففى حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحداثه لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذى كان يتهدهده . أما القوة القاهرة ففى على التفتيش من ذلك تلتزم إلى الإضرار إلجاء لا قبل الفاعل بدفعه . ثم إن المظهر العام الذى يقصد إلى توفيقه فى حالة الضرورة لا يكون للضرر يد فى إحداثه . ويختلف عن ذلك وضع الضرر فى حالة الدفاع الشرعى ، فهو بقاء عدت ذلك المظهر . ويترفع على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلف بمقتضى الدفاع الشرعى إذا كان الفعل الضار لم يدفع إليه خطر خلوى ، وإذا استلزمه خطر صادر من الضرر نفسه . ففى مثل هذه الحالة تنفى المسئولية بتماماً ، ويكون للضرر حكم الدفاع الشرعى من هذا الوجه . وقد ألغى القانون الألمانى هذه الفقرة ، ففى فى المادة ٢٧٨ على أن (كل من أخطأ أو خرب شيئاً مملوكاً لغيره بخطر يتهدهده أو يتهدهده غيره من جراء هذا الشيء لا يرد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإخطار أو الضرب قد استلزمه دفع المظهر وكان الضرر متتابعاً مع هذا المظهر . فإذا كان الفاعل قد أحدث المظهر بغيره سئل عن تعويض الضرر) . وقد اتبع القانون البولونى هذه الفقرة نفسها مع اختلاف فى التعبير ، ففى فى المادة ١٤٠ على أن (كل من =

أمكن القول إن الخطر هنا بعد قوة القاهرة تنفي المسؤولية بتماماً ، فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسؤولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . والقرض الثاني أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع ، وهذا هو القرض المألوف في حالة الضرورة . فالشخص الذي يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دمه ، يتفادى خطر المرض ، وهو في العادة أشد بكثير من الحسارة التي تصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة . ومن ثم وجب التفرقة بين القوة القاهرة وحالة الضرورة - ولكن المريض الذي استولى على الدواء يعتبر في حالة ضرورة ملحة تغني عن المسؤولية التقصيرية ، وإن كانت لا تغني عن رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والقرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذي وقع ، ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة . فالشخص الذي يطفئ مالا للغير ذائبة لا يستهان بها ، ليطفيء حريقاً شبت في داره ، لا يفي من المسؤولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقلها ، فيلزمه القاضي بتعويض مناسب ، أي بتعويض خفف ، عن المسؤولية التقصيرية - وهذا ما يقضي به النص صراحة - إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والقرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذي وقع ، أو دونه في الجسامية . وفي هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر . ومن فعل ذلك كان متعدياً ، وتحقت مسئوليته التقصيرية كاملة (١) . ونحن في التمييز ما بين هذه القروض الأربعة إنما نقيس المسؤولية بمقياسها الجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي ، فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسؤولية .

ولم يقع انحراف في القرضين الأول والثاني ، لذلك لم تقم المسؤولية . ووقع انحراف في القرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة ، فجاء النص

(١) نص أول فبراير سنة ١٩٣٧ - المجلد ١٧ رقم ٤٨٨ م ٩٦٣ - وفي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ المجلد ٢٢ رقم ١٥٨ م ٤٦٨ .

عقفاً للمسئولية . ووقع الانحراف كاملاً في القرض الرابع : لم يخفف منه ضرورة تبرره ، فكانت المسئولية من أجل ذلك مسئولية كاملة (١) .

٢٤ - الركن المعنوي : الادراك

٥٣٥- مناط المسؤولية التمييز : الإدراك هو الركن المعنوي في الخطأ . فلا يكفي ركن التعدي ليقوم الخطأ ، بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركاً لها . ولا مسئولية دون تمييز . فالصبي غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه عنها تاماً ، ومن قد رشده لسبب عارض كالسكر والغبوة والمرض ، والنوم تنوعاً مفتطيسياً ، والمصاب بمرض النوم ، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم . وهذه مسألة كاد الإجماع يتعقد عليها منذ تقرر في القانون الروماني ، وانتقلت منه إلى العصور الوسطى ، ومن هذه إلى العصور الحديثة . واعتبر سقوط المسئولية عن عديم التمييز من التاحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطأها القانون إلى الأمام .

٥٣٦ - ركن الادراك يعني الخطأ عن عديم التمييز : ولكن تبار

(١) بقيت مسألة أخيرة في ركن التعدي ، هي القارة ما بين وضين لا تتحقق للشولية في أي منهما مع أنها وضعان مختلفان . فهنا وضع لم يتم فيه ركن التعدي فانتهى الخطأ ، ووضع انتفت فيه علاقة السببية لقيام السبب الأجنبي . ويخطئ من يظن أن هذين الوضين متماثلان ، لاشك في أن قيام السبب الأجنبي ينتهي به للشولية ، فلا عمل عندئذ ليجت عما إذا كان هناك خطأ ، فهو حتى إذا كان موجوداً لا تتحقق به للشولية . ولكن العكس غير صحيح . فإن السبب الأجنبي إذا لم يتم ، جرى عمل ليجت هل الخطأ متف أو موجود . وتظهر الأهمية السلبية لثبوته في حالة ما إذا كان الخطأ مفروضاً فرضاً قابلاً لإثبات العكس ، كما في مسئولية من تولي الرقابة على الغير . فإن المشرفي هذه الحالة لا يطلب منه إثبات السبب الأجنبي (casus étrangere) ، بل يكفي أن يثبت انقضاء الخطأ (absence de fault) . وهذه مرحلة أسبق من الإثبات إذ يستتبع من فرضه في جانب الخطأ أن يثبت أن الطريق الذي سلكه لم ينصرف فيه عن الطريق للألوف الذي يسلكه الشخص العادي ، وبذلك ينتهي الخطأ . أما من يثبت السبب الأجنبي فإنه يثبت أن الطريق الذي سلكه هو الطريق الوحيد الذي كان يتبع عليه أن يسلكه . والفرق ظاهر بين الوضين .

فانقضاء الخطأ هو إذن مرحلة وسطى بين مرحلتين : وقوع الخطأ وقيام السبب الأجنبي (أنظر ملزو ١ قررة ٦٢٤ - قررة ٦٣٣) .

النظرية المادية في المسؤولية التصيرية . وهي النظرية التي تنبئ المسؤولية على تحمل النتيجة لا على الخطأ . بدأ في العهد الأخير يعيد إلى ميدان البحث مسؤولية عديم التمييز . فأنصار النظرية المادية يقولون بالمسؤولية حتى إذا انعدم التمييز ، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر . والمسئولية عندهم إنما تقوم على الضرر . ونعوا على المتمسكين بالخطأ أساساً للمسئولية أن منطقهم يستلزم عدم المساءلة إذا انعدم التمييز . وأشاروا إلى حالات يكون من القسوة فيها ألا يعرض عديم التمييز إذا كان واسع الرأى ما أحدثه من ضرر جسيم لفقر معدم . فعمد بعض أنصار المسؤولية المبنية على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عديم التمييز . وروا في المقياس المجرد الذي اتخذوه معياراً للتعدي ما ظنوه يعينهم على القول بمسئولية عديم التمييز في نطاق الخطأ . فقالوا إن عديم التمييز ليس قادراً فحسب على إحداث الضرر . بل هو أيضاً قادر على ارتكاب الخطأ . إذ الخطأ عندهم له ركن واحد هو التعدي . والتعدي له هذا المقياس المجرد الذي سبق بيانه . وعديم التمييز . صغيراً غير مميز كان أو مجنوناً أو معتوهاً أو غير ذلك . إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادى . بدا انحرافه . ووضح شفوذه . ولم يدع مجالاً لقول بأنه يتصرف تصرف المميزين . فهو إذا صدر منه عمل يضر بالغير ، كان العمل تعدياً يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلى لشخص لا يجوز أن يقوم له اعتبار . وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص العادى الذى جعل مقياساً للتعدي من جميع الظروف الداخلية الشخصية .

ونبادر إلى القول إنه حتى لو قيل إن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدي ، فإن المقياس المجرد لهذا الركن لا يصف في نظرنا العائلتين بمسئولية عديم التمييز . فقد قلنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة . عند تقدير ما يصدر عادة عن هذه الطائفة من أعمال . فالصية والنساء والريفيون مقياسهم المجرد ، في الأعمال التي تصدر منهم في العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية . ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم يخشى إلى الطائفة بالذات ، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة ، وإن تجرد من الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بفرد منها بعينه . كذلك عديم التمييز

هم أيضاً طائفة من الناس تشترك في ميز عام هو انعدام التمييز ، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا التميز في تقدير الأعمال التي تصدر منهم في العادة . ولا كان عديم التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين . فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريباً شاذاً ، يدخل ضمن أعمالهم المعتادة . ويجب ألا يتجرد المقياس فيه من عامل انعدام التمييز (١) . فإذا قيس سلوكهم في أى عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التمييز ، فإن هذا السلوك لا ينحرف عن مقياسه ، ولا يعتبر تعدياً . وعلى هذا الوجه يكون عديم التمييز غير مسئول .

هذا كله لو قيل إن الخطأ لا ينطوى إلا على ركن التعدي . والصحيح في نظرنا أن للخطأ ركناً آخر هو ركن الإدراك . ولا تزال المسؤولية المدنية ، مهما جردناها من العوامل الأدبية ، مرتبطة بهذا العامل الأدنى لا يجوز أن تفك عنه . فهي تقوم على التمييز . والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا يجوز مساءلته لا أدياً ولا جنائياً ولا مدنياً . ما دامت المسؤولية تقوم على الخطأ . وهذا هو فضل النظرية الشخصية . فهي تربط المسؤولية بالخطأ ، وتربط الخطأ بالتمييز ، فتشجع في المسؤولية عاملاً أدياً لا يجوز الاستغناء عنه ، إذ هو عنصر ذاتي يخفف من حدة العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرّد (٢) .

وبقي أخيراً أن نلاحظ أن التمييز في المسؤولية التصهيرية لا يكيف على أنه

(١) فلجان مقياسهم المجرّد ، فيما هو من أعمال الجانين ، مجنون منهم تأس تصرفهم إلى تصرفاته . ويلاحظ أن كل عمل يصدر من المجنون يمتد من أعمال الجانين ، وأن الجانين سواسية في انعدام التمييز ، فأى مجنون يصلح أن يكون هو القياس المجرّد .

(٢) أنظر بلاتيل وريبير وبولانجي ٢ قرّة ٩٦٨ — كولان وكايتان ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤ — بلاتيل وريبير وإسمان ١ قرّة ٤٩٨ — الموجز للمؤلف ص ٢٢٥ — ص ٣٢٢ — مصطفى مرعي بك ص ٤٩ — ص ٥٢ — الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت بك ص ٣١١ — ص ٣١٣ — أنظر عكس ذلك نازو ١ قرّة ٤٥٦ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقس في الفصل السادس ص ٢٥ — ص ٣٧ — ومع ذلك أنظر ص ٦٤ الدكتور عبد المحلى خيال بك مذكرات غير مطبوعة مثار إليها في مؤلف حشمت بك ص ٣١٢ .

هنا وقد بينا ما ينطوى عليه مقياس الشخص المجرّد من تسليم جزئى يجعل النتيجة ، فلو قلنا بمسألة عديم التمييز ، لعلنا بالنسبة إليه بنظرية تحمل النجاسة كلياً كاملاً .

أهلية يجب توفرها . كالأهلية في العقد . إنما التمييز هو ركن الإدراك في الخطأ . وبدونه لا يكون التعدى خطأ . وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام في الأهلية .

ونستعرض الآن ركن الإدراك في الشخص الطبيعي ، ثم في الشخص المعنوي .

١- الشخص الطبيعي :

٥٣٧- **المعروض القانوني** : نصت المادة ١٦٤ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

١- يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز . ولم يكن هناك من هو مسئول عنه . أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل . مراعيًا في ذلك مركز المصوم (١) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٢٣١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥- يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، حتى لو لم يكن أهلاً للعقد . ٢- إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نعت به الرذيلة على هذا الشخص ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز المصوم . ٣- إذا أحدث شخص ضرراً في وقت تقدم فيه التمييز ألزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وفي لجنة المراجعة اقترحت تعديلات تقنية ، واقتراح أيضاً تعديل عبارة « تعذر الرجوع على المسئول » بعبارة « تعذر الحصول على تعويض من المسئول » حتى يتبين بوضوح أن التعذر ينصب على جواز الرجوع قانوناً وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلاً . ونوقشت الفقرة الأخيرة من المادة ، وروى بعد المناقشة أن تعذر هذه الفقرة لعدم الحاجة إليها ، ولأنها لو أقرت لوجب البحث في الحالة التي يفقد الشخص التمييز فيها بغير خطأ منه فيما إذا كان هذا الشخص بغير مسئولاً بمقتضى الفقرة الثانية ، وقد برأت اللجنة أن المشروعة تبقى في هذه الحالة ولكن كل ذلك يتفاد من تطبيق القواعد العامة فلا حاجة إلى هذه الفقرة الأخيرة . وقد أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات كالآتي : ١٥- يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن أهلاً للعقد . ٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولو لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز المصوم . ٥- أسس رقم المادة ١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة . =

٥٣٨- التمييز ضروري وهو في الوقت ذاته يكفى - عديم التمييز :

فالأصل إذن أن الشخص ، حتى يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية ، يجب أن

== وفي لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة « ولو لم يكن أهلاً للالتزام بالقدرة لأنها تريد لا تقتضيه ضرورة (المؤلف : ويمكن القول بأن في هذا الحذف تجنباً لخلق بين الأهلية وركن الإدراك في الضرر) . ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها ، وإنما تقتضى به العدالة ، وله سد من الترسية الإسلامية . إذ جاء في المادة ٩١٦ من المحلة ما يأتي : « وإذا أُلْف صبي مال غيره يلزم الصان من ماله ، فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن إليه » . ولما اعترض في اللجنة على التعبير « بصون عادل » أُجيب على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسئولية الصبي غير اللين مأخوذ من الترسية الإسلامية ، وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدنى ، والصون العادل أريد به أن يكون أقل من الصون العادى وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في الصون العادى . فوافقت اللجنة على إبقاء التعبير كما هو . وأصبح رقم المادة ١٦٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٣٥٦ - ٣٦١) .

وفي القانون المدنى القديم نصت المادة ٢١٢ من القانون المختلط على ما يأتي : « كل صل مخالف لقانون يوجب ملزومية فاعله بصون الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير «مذكور» لأصله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لئنه أو لأى سبب آخر » .

أظر أيضاً المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسى الإطال والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسرى وللمادتين ١٣٨ و ١٤٣ من قانون الالتزامات البولونى والمادة ١٧٢ من القانون الثانية والثالثة من القانون البنى .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « جعل التمييز منوطاً للأهلية (المؤلف : وقد يتنا عدم الدقة في هذا القول) في المسئولية التقصيرية . ففى كان الضص قادراً على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، فرفع الأمر في هذا الشأن فكرة ذاتية أو شخصية ينافى بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوتة من كان هذا القدر واجباً إلى خطأ الفاعل ، ويتعين على محدث الضرر ، بإزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بنير خطأ منه لهذا أراد أن يضع المسئولية عن حظه . فالخطأ يضمن في هذه الحالة ، والضرر لا يأتي إلا في المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل ربطاً البنية بها ، إذ هو ينجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ . وقد أورد التفتينان الفرنسى والمراكشى تطبيقاً لهذا الحكم نصاً في المادتين ١٠٧/٩٣ على أن (حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الخس وأشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية . وترفع المسئولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختيارى ، ولعم صبه الإيجابت على طابق للمسمى عليه) . ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بنير خطأ من أحدث الضرر ، إذ لتفبدل تلك الفكرة الثانية فكرة موضوعية أو مادية . وإذا كانت المسئولية تنقل للاحق هذا القرض فهي مسئولية خضفة . وعرفنا التوصل لتأثر المسئولية الموضوعية أو المادية ==

يكون مميزاً . والتمييز ضرورى ، وهو فى الوقت ذاته يكو . أما أنه يكتفى
فيظهر ذلك فى أن الصبي المميز يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية كاملة دون
حاجة إلى أن يكون قد بلغ من الرشد . وأما أنه ضرورى فيظهر ذلك فى أن
الشخص غير المميز لا يكون مسئولاً عن أعماله الضارة ، لأن الإدراك ركن
فى الخطأ ، فلا خطأ من غير إدراك . وهذا الحكم ينطبق على كل شخص
غير مميز ، أياً كان السبب فى انعدام التمييز .

فالصبي غير المميز . وهو الذى لم يبلغ السابعة من عمره (١) . لا تصح
مسأله مسألة تقصيرية . أما من بلغ السابعة فيفرض فيه التمييز وتصح
مسأله حتى يقوم الدليل على انعدام التمييز فيه لمرض عقل أو لسبب عارض .
كذلك الجنون (٢) لا تصح مسأله (٣) . ويفرض فى الجنون استصحاب
حالة الجنون ، إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو فى
لحظة من لحظات الإفاقة (intervalles lucides) .

والمتوهم عنها كاملاً عديم التمييز فلا تصح مسأله . أما المتوهم المميز فتجوز
مسأله حتى لو كان محجوراً لتوافر ركن الإدراك فيه .
أما ذو النفلة والغبية . ولو كانا محجورين ، والأصم والأبكم والأعمى ،
ولو تعين لواحد منهم مساعد قضائى طبقاً لأحكام المادة ١١٧ من القانون

== بالمسألة على المسئولية الشخصية أو أهلية دون أن تحمل عليها على وجه كامل . فلا ترتب
مسئولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين : أولهما أن يتوفر على العاقل الرجوع بالتصويص
على من ينط به الرقابة على من أحدث الضرر ، لئلا لعدم إقامة الدليل على مسئوليته ولما
لإعساره . والثانى أن يسبح مركز المصوم المظنى بأن يقرر للضرر تمييزاً عادلاً . فيجوز
وضع الحكم بالتصويص إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه ، بل ويجوز عند الاعتصار
إعسار التصويص عدلاً حتى يكون فى حدود سعة . وبراى فى ذلك كله مركز المصوم . فله
من النتائج الأدبية وجلاء الخطأ (٢) ومدى الضرر . (مجموعة الأعمال التوضيحية ص ٣٥٧
— ص ٣٥٨) .

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من القانون المدنى الجديد على أن « كل من لم يبلغ
السابعة يعتبر ذكلاً للغير » .

(٢) أنظر فى مسئولية الجنون : ويز (Wenz) مقال له فى مجلة الانتاعية سنة ١٩٣٥
ص ٨٧ — تيجي (Noggin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليموزون (Lémozon)
رسالة من ديجون سنة ١٩٣٢ .

(٣) استئناف غلط فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤١

الملقى الجديد . فتجوز مساءلهم جميعاً . لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ، ويميزون بين الخير والشر (١) .

وتنتفى المسؤولية حتى لو كان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض يزول . كالنوم تنوعاً مغنطيسياً والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات والمصاب بالصرع ونحو ذلك . فمضى ثبت أن الشخص الذي ارتكب العمل الضار كان فاقد الوعي أو منعدم التمييز وقت ارتكابه لهذا العمل . فإنه لا تصح مساءلته لأن ركن الإدراك غير قائم .

٥٣٩ - نطاق انعدام المسؤولية لانعدام التمييز : وانعدام المسؤولية

لانعدام التمييز ذو نطاق ضيق . إذ يجب لانعدام المسؤولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً تاماً بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسؤول وحده عن خطأ غير مفروض . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(أولاً) ما سبق أن قدمناه من أن المعتوه المميز وذا الفضلة وغيرهما من ناقصي التمييز تصح مساءلهم لأن التمييز فيهم لم ينعدم انعداماً تاماً .

(ثانياً) إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض ، كالخمر والمخدرات ونحو ذلك . فإن عديم التمييز لا تنتفى مسؤوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه . فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لمخدر كان يعلم أن السكر أو المخدر يفقده التمييز ، فإنه يكون مسئولاً عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقد الوعي . وفاقد التمييز لسبب عارض هو الذي يحمل عبء الإثبات : فعليه أن يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه . ولا يكلف المضرورة أن يثبت أن فقد التمييز كان خطأ من المسؤول (٢) .

(١) استضافت في ٦ أبريل سنة ١٨٨٢ بوردهم ٢١٣ رقم ١١

(٢) رأينا أن الشروع التيمى تضمن نصاً يقضى بأن فاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وقد حذف هذا النص في الشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونرى أن الأصل في المميز أنه إذا فقد التمييز لسكر أو مخدر يكون قد عرف ذلك في نفسه من قبل ، فإفدائه على السكر والمخدرات بسبب خطأ منه ، إلا إذا أثبت أنه كان مضطراً أو أنه لم يسهده في نفسه من قبل أن يفقد الوعي . ويترتب على ذلك أن المصاب بمرض النوم أو بالصرع لا حاجة به أن يثبت أن فقد التمييز لم يكن خطأ منه ، فإن أمره واضح . وكثير من التجنّبات الحديثة تحرر المحاكم التي قضت النص للمخنوف من الفروع التيمى : أظرم ١٠٢/٩٣ من القانونين التونسي والراكمي والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات والسويزي والمادة ١٣٨ من قانون الالتزامات البولونى .

(ثالثاً) ويجب لاتعادم المسؤولية أن يكون عدم التمييز في مكان المسئول . فإن كان في مكان الضرور ، ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر . فلا يرى القضاء المصري في بعض أحكامه أن يسقط هذا الإهمال من اعتباره عندما يزن المسؤولية ، بل يعتبر أن هذا الإهمال هو خطأ من الضرور عدم التمييز يستوجب تخفيف المسؤولية طبقاً لقواعد الخطأ المشترك (١).

(رابعاً) ويجب أن يكون عدم التمييز في مكان المسئول وحده . فإذا وجد مسئول عنه كالأب أو المعلم أو نحو ذلك (٢) ، فلا بد من نسبة الخطأ إلى عدم التمييز حتى تتحقق بذلك مسؤولية المسئول عنه . ويكون هذا مسئولاً عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي . وسيأتي بيان ذلك بتفصيل أوفى .

(خامساً) ويجب أخيراً ألا تكون مسؤولية عدم التمييز قائمة على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن كان عدم التمييز مسئولاً عن تابعه أو عن أشياء في حراسته كحيوان أو آلة ميكانيكية . وأخطأ بالرأى الذي يقول إن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس : فإن الخطأ المفروض يكون قائماً في جانب عدم التمييز . ولا يفيه انعدام تمييزه . مثل ذلك الصغير غير المميز يكون مسئولاً عن هم في خدمته

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهة التصادم ومن الضرور وهو طفل صغير سنة ست سنوات وقد تركه أبوه في الشارع فدمعت السيارة ، فإن مسؤولية السائق (ومحمومة) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من السائق ومن والد الطفل الذي ترك طفله في الشارع (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١م ٢٨ - وانظر أيضاً استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٧٤ - وفي ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٦٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه إذا تبين أن حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائق الترام والمصاب ، وكان المصاب المنسوب إليه الخطأ سبباً غير مميز ، فإن شركة الترام وساقها يسألان متضامين قبل المصاب (الطفل) عن التعويض كاملاً ، ولا يخفف من مسؤوليتها ما هو منسوب للصغير من الخطأ ، لأن الخطأ لا يصح نسيجه . والمركبة إذا شامت أن ترجع على والد الصغير يخضع قواعد التضامن (استئناف مختلط في ٧٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٤٢٦) . أنظر في قد هذا الحكم الأخير مصطفي مرعي بك في المسؤولية المدنيةقرة ٦١ . ونرى أن عمل الطفل إذا لم يعتبر خطأ فهو على كل حال عمل مادي يجب مراعاته عند تقدير خطأ المسئول .

(٢) وهذا هو الغالب ، لأن عدم التمييز يكون عادة في كفالة شخص يرأيه ويكون مسئولاً عنه . ومن ثم تخف في السبل حدة انتفاء المسؤولية عند انعدام التمييز .

مسئولية المتبوع عن التابع ، وقد فرض الخطأ في جانبه ولو أنه عديم التمييز (١) .

٥٤٠ — مسؤولية عديم التمييز في حالات استثنائية : ثم إن القانون

الحديد قد تدارك ما قد ينجم من ضرر من وراء اتقاء المسئولية لاتعلم التمييز حتى في هذا النطاق الضيق الذي رسمنا حدوده فيما تقدم . فقفى في الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ بأنه «إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعلق الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز المحصوم » .

ونبادر إلى القول بأن مسؤولية عديم التمييز هنا لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ . فالخطأ كما قلنا ركنه الإدراك ، وعديم التمييز لا إدراك عنده . وإنما تقوم المسئولية في هذه الحالة على تحمل التبعة . فالشخص غير المميز ، بالشروط التي وردت في النص ، يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسئوليته مشروطة وخفيفة .

فهو أولاً مسئولية مشروطة . وشرطها ألا يعيد الضرر سبيلاً للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز . والغالب أن يكون عديم التمييز موكولاً إلى رقابة شخص يكفله ، فالصغير غير المميز يكون عادة في كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد من أقاربه . والمجنون يكون في كفالة أحد من هؤلاء أو في كفالة أحد المستشفيات المعدة لعلاج الأمراض العقلية . فالعهدود إليه

(١) وقد قضت محكمة النقض بما يأتي : «حيث إن المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) ، إذ نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم اليد بتعويض الضرر الناشئ ، فغير عن أصل خدمته متى كان وإلغائها منهم في حال تأدية وظائفهم ، قد أخذت أنه لا يجب ثبوت أي قصير أو إهمال من جانب المتبوع الذي يلزم بالتعويض ، بل يكفي لصليتها أن يقع الخطأ المتبع للضرر من التابع أثناء تأدية وظيفته ، فتصح إذئذ مساءلة المالك بناء عليها عن تعويض الضرر الذي ينشأ من أعماله خدمة الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يحق للمالك في هذه الحالة أن يرد على ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لضرره لا يمكن أن يتصور أي خطأ في حقه ، إذ المسئولية هنا ليست من فعل وقع من المالك فيكون للإدراك والتمييز حساب ، وإلغائها من فعل وقع من خامه أثناء تأدية أعماله في خدمته » . (نقض جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر للأحكام الجنائية . رقم ٤١١ س ١٦٥ — مقتضى مرعي بك والمسئولية المدنية فقرة ٦١ مكررة) .

بالرقابة على غير المميز هو المسئول عما يحدثه غير المميز من ضرر كما سئرى.
فإن وجد: كان هو المسئول وحده نحو الضرور، ورجع الضرور عليه بالتعويض
كاملاً. أما إذا لم يوجد، أو وجد ولكنه استطاع أن يبنى الخطأ عن نفسه
إذ هو خطأ قابل للإثبات العكس كما سيأتي، أو لم يستطع في الخطأ ولكنه
كان معسراً لم يستطع الضرور أن يحصل منه على التعويض؛ فعند ذلك يرجع
الضرور بالتعويض على عديم التمييز نفسه.

ومسئولية عديم التمييز في هذه الحالة مسئولية مخففة. فهو لا يكون مسئولاً
حتى عن تعويض ما أحدثه من الضرر تعويضاً كاملاً. ذلك لأن مسئوليته لا تقوم
على خطأ كما قلنا، بل على تحمل النتيجة؛ فالقانون لا يجعله النجعة عن
أعماله الضارة إلا في حدود عادلة. وأهم ما يراعيه القاضي في تقدير التعويض
هو مركز الخصوم من الثنى والفقير. فهو يقضى بتعويض كامل إذا كان
عديم التمييز موفور الثراء وكان الضرور فقيراً معلماً وأصيب بضرر جسم
بسبب العمل الذي صدر من عديم التمييز. وهو يقضى ببعض التعويض إذا
كان عديم التمييز يمسر العيش من غير وفرة وكان الضرور في حاجة إلى التعويض،
وينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله مورداً كافياً
لتنفقه على نفسه وعلى من يجب عليه نفقتهم. وقد لا يقضى بتعويض أصلاً - لأن
الحكم بالتعويض في الحالة التي نحن بصددنا جوازى لا وجوبى - إذا
كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده، وبخاصة إذا كان الضرور في سعة من
العيش. ويكون كذلك محل اعتبار في تقدير التعويض مقدار ما بذله الضرور
من العناية لتوق الضرر الذي أصابه من عديم التمييز، فإن تعريض الضرور
نفسه في غير حيلة لما عسى أن ينزل به من جراء عبث شخص لا تمييز عنده
يعد خطأ منه قد يستغرق في بعض الحالات ما أتاه عديم التمييز. ولا عبرة
بصامة ما صدر من عديم التمييز من عمل، فهو فاقده الإدراك ويستوى أن
يصدر عنه الجسيم وغير الجسيم (١). ولكن جسامه الضرر قد تكون محل
اعتبار في تقدير التعويض، فإن كان الضرر جسيماً بدا التعويض عنه أكثر

(١) هن ماذكر خطأ في الفقرة الإيضاحية من مراجعة جملة الخطأ (انظر آفا فقرة
٥٣٧ في المجلد). وانظر في الاختلافات التي يراعيها القاضي في تقدير التعويض للآفا ١٣١٠
من القانون النمساوى، وهي تذكر خطأ المسئول وإعمال الضرور في ذمه الخطر عنه وخطأه.

غدا وأعلى قيمة . ويسترشد القاضى بوجه عام بجميع الظروف التى تلابس القضية يستعين بها على تقدير التعويض العادل .

والقانون المدنى الجديد . فى استحداثه هذه المسئولية الخاصة التى لم يكن القانون المدنى القديم يعرفها (١) . قد جرى فى ذلك كثيراً من التعديلات اخذت به (٢) .

ب - الشخص المعنوى

٥٤١ - **مبدأ مسؤولية الشخص المعنوى :** المبدأ الذى استقر عليه القضاء والفقه فى مصر هو جواز مساءلة الشخص المعنوى عن الأخطاء التى يرتكبها ممنوود عند القيام بإدارة شؤونه . ولم يقع تردد فى هذا المبدأ . وإذا كانت المسئولية الجنائية للشخص المعنوى بصعب التسليم بها لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل بالشخص المعنوى إلا فيما يتعلق بالغرامة والمصادرة والحل ، فإن المسئولية المدنية بيسل التسليم بها . فإنها تقع فى مال الشخص المعنوى . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التى يرتكبها ممثلو الشخص المعنوى . فبصحب هذا مسئولاً عنها : مدير شركة ينصل عاملاً فى وقت غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا النصل . سائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال السائق . عامل البريد يضيع رسالة

(١) ولا كان التالى الذى يقرر هذه المسئولية قد استحدثه القانون المدنى الجديد ، فليس له أثر رجعى . والعبرة باليوم الذى وقع فيه الصل الصادر ، فإن كان قبل يوم نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالقانون القديم هو الذى يسرى ولا مسئولية على عدم التغير ، وإلا فإن القانون الجديد هو الذى يسرى وتنطبق مسئولية عدم التغير المنقطة .

(٢) أنظر للادين ٧٥ و ٧٦ من المرسوم الفرنسى الإصطالى والمادة ٨٢٩ من القانون الألمانى والمادة ١٣١٠ من القانون النمساوى والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٢٢ من القانون البنىانى والمادة ٤٠٦ من القانون السوفيتى والمادة ١٨٧ من القانون الصينى والمادة ٢٣٧٧ من القانون البرتغالى والمادة ٢٠٤٧ من القانون الإصطالى الجديد وقانون ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ فى بلجيكا .

وفى الفقه الإسلامى إذا كان الإلتلاف مبانئراً لا يشترط فيه الصمد أو الصدى «حتى أن مللا اليوم ولد لو اطلب على مال إنسان فألقه يرمى الضمان» وكذا المجهون الذى لا يبقن إذا مرقنوب للبلان يرمى الضمان : الحسدية «الوجز فى النظرية الحسامة للالتزامات للؤلأف من ٣٢٧ مجلس رقم (١) .

عهد إليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مثبوتة عن العامل^(١).

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي في أنه لا يمكن أن ينسب له امتياز - فإن كثيرًا من الأحكام تجعل مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال ممثليه هي مسؤولية التبوع عن التابع . فصل بذلك إلى تقرير المسئولية بالتزامن بين الشخص المعنوي وممثليه .

على أن هناك أحوالاً يصعب فيها الوصول إلى مساواة الشخص المعنوي مع هذا الطريق غير المباشر . فقد يحدث أن الخطأ الذي يوجب المساواة يكون قراراً صادراً من إحدى هيئات الشخص المعنوي (مجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العامة مثلاً) . فلا بد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوي ذاته . كذلك قد يكون الخطأ بحيث لا يجوز نسبته إلا إلى الشخص المعنوي . كما إذا قوضت شركة لمنافسة تجارية غير شريفة أو لتقليد مزور (٢).

(١) وقد قست حكمة الاستئناف المختلفة في أحكام كثيرة بمشولية الشركات عن أعمالها، وذلك كعشرات الشركات الحديدية (استئناف مخطئ في ٢٨ أبريل سنة ١٩٩٦ م ٨٠ ص ٢٥٥) — وفي ٧ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٧، وشركات الترام (استئناف مخطئ في ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧٠)، وشركات الملاحة (استئناف أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١)، وشركات المياه والنور والتلفاز (استئناف مخطئ في ١٤ يومية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧).

والوقت بحد شخصاً متوياً ونظير الوقت هو المثل له ، فيكون الوقت مشلولاً عن أنحاء نظره . وقد قضت محكمة النفس بأن الوقت بأحكامه المقررة في الفقه الإسلامي هو في فقه القانون المدني عنصر اعتباري تشكلت فيه مقومات الشخصية القانونية . والنفس الاعتباري كما أن له وجوداً افتراضه القانون له إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثله . شخصاً الذي يقع من مثله بصفته هذه بحد بالنسبة إلى الغير الذي أصابه الضرر خضاً من الشخص الاعتباري . فالمحك الذي يرتب المسؤولية على جهة الوقت عن خطأ وقع من الناظر عملاً بابتداء ١٥١ من القانون المدني (القديم) لا يكون مضطاً (نفس مدني) في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره ٢٨٧ رقم ٥٦٥ . على أن محكمة الاستئناف المخططة قد قضت بأنه لا يكون الوقت مشلولاً عن خطأ الناظر إذا لم يكن معيّناً من قبل المستحق لأن الناظر في هذه الحالة لا يكون تابياً للوقت (استئناف مخطط في ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ - وانظر أيضاً استئناف مخطط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المخططة ص ٨٣) . وسرى أنه يمكن سيامة النفس المعنوي مباشرة بالاعتبار متوياً ، وعلى هذا الوجه نسطا المجبة التي ودمت في الحكم من أن ناظر الوقت إذا لم يمتد المستحقون لا يكون تابياً للوقت .

(٢) بلانول وريبير وبولانييه ٢ قرة ٩٧٢ .

ففي مثل هذه الأحوال تكون مسئولية الشخص المعنوي مسئولة عن عمل شخصي ، لا مسئولة المتبوع عن تابعه . ولا بد حينئذ من الاقتصاد على ركن التعدي في الخطأ دون ركن التمييز . ويمكن لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوي قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوي مجرد في الظروف الخارجية التي تصرف فيها ، فإذا انحرف عن هذا المقياس المادي . كان هناك خطأ . وتحقق المسئولية (١) .

٥٤٢ - مساواة الشخص المعنوي العام (٢) : وقد يكون الشخص

المعنوي المراد مساوئته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوي عام كمجلس من مجالس المديريات أو المجالس البلدية أو غيره من الأشخاص العامة . وتحقق مسئولية الشخص المعنوي في مصر على النحو الذي تتحقق به مسئولية الأفراد والهيئات الخاصة . وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفريقين . ذلك أن الأقضية التي تقوم على هذه المسئولية بالنسبة إليهما معاً تدخل في اختصاص القضاء العادي ، ولم يمتد حتى اليوم اختصاص محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة إلى مسئولية السلطات العامة عن أعمالها المادية ، ولا يزال هذا الاختصاص مقصوراً على المسئولية عن القرارات الإدارية . والقضاء العادي في مصر يطبق على مسئولية الدولة والسلطات العامة قواعد المسئولية التقصيرية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . وقد وصل في بعض الحالات إلى جعل الدولة مسئولة عن الخطأ مسئولية شخصية لا مسئولية المتبوع عن التابع (٣) .

(١) بلانول وريير وبولانييه ٢قرة ١٧٢ - قرة ١٧٢ - كولان وكاينسان ٢ قرة ٣١٤ .

(٢) أنظر في مسئولية السلطات العامة : دوز (Duez) في مسئولية السلطة العامة - تيرار (Tirard) رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - ديير (Dobeyro) رسالة من ليل سنة ١٩٣٦ - كليلار (Collinard) رسالة من إكس سنة ١٩٢٨ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بمسئولية الدولة عن الحما الذي ترتكبه في أعمال الرى (استئناف مختط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٤ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ٣١٥ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٨) ، وفي أعمال الطرق والتخليم (استئناف مختط في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٧ - وفي ٢٢ مارس =

أما في فرنسا فمجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة في جميع المنازعات الإدارية ، فدخل في اختصاصه النظر في مسئولية الدولة تقصيرية . ولتحت قواعد هذه المسئولية تتحور بالتدرج عندما تغير ميدان تطبيقها من النطاق المدني الخاص إلى النطاق الإداري العام . وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يادى الأمر يفتق من مسئولية الدولة عندما كان يتطلب خطأ على قدر معين من الجسامة لمسامة الدولة ، وعندما كان يفرق بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى . ثم انتهى إلى التوسع في هذه المسئولية عندما ترك للمبادئ المدنية ووضع مبادئ إدارية خاصة ، فجعل الدولة مسئولة عن الخطأ في سير العمل الإدارى (faute du service) لا في الخطأ المصلحى (faute de service) فحب ، ووصل بهذه المسئولية في بعض الحالات إلى جعل الدولة مسئولة عن تبعات الأعمال التى تولد أخطارا جسيمة كالأشغال العامة (travaux publics) . فبى المسئولية في هذه الحالات على مبدأ تحمل التبعة (risque) .

٥٤٣ - رقابة محكمة التقصير على ركن الخطأ : ولحكمة التقصير الرقابة

على قيام ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية . وإذا كان التعدى كسمل مادى يعتبر من مسائل الواقع : إلا أن وصفه القانونى بأنه تعدد لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادى يعتبر من مسائل القانون . كذلك انثناء المسئولية في حالة الدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وحالة الضرورة ، واشتراط التمييز لقيام الخطأ ، والحدود التى بسأل فيها عديم التمييز ، كل هذا يعتبر من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة التقصير (١) .

== سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٧ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ١٢٧ ، وفي أعمال البوليس والأمن (استئناف مخطوط في ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٣ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٣ ص ٧ - وفي ١١ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٠) ، وفي أعمال الجرك (استئناف مخطوط في ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٢ - وفي ٢١ يولية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٧٩ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٥ ص ١٤٠) . وتقتضى كذلك بمسئولية الجالس الدقية (استئناف مخطوط في ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٩٤) . (١) وقد قضت محكمة التقصير بأن تعميم حصول القتل أو الترو أو عدم حصوله هو من الأمور الوائعية التى تتمثل في سلطة قاضى الموضوع ، ولا يجب على تقديره . أما لربط القتل أو الترو بالضرر الناشئ لربط اللجب بالجب واللؤل باللة ، وكذلك وصف ذلك ==

المطلب الثاني

تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

٥٤٤ - التمييز بين الخروج عن الحق والتصنف في استعمال الحق :
فقدنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى . ويجب هنا أن
نوجه النظر إلى تمييز جوهرى لا يلتفت إليه في العادة ، مع أنه في نظرنا هو
الذى يضع نظرية التصنف في استعمال الحق في مكانها الصحيح .

فذلك أن الانحراف في السلوك قد يقع من الشخص وهو باقى رخصة . وقد
يقع منه وهو يستعمل حقاً . وليس هنا مجال الإفاضة في التمييز ما بين الرخصة
والحق . وبعبارة أخرى إن الرخصة هي حرية مباحة في التصرف ، كالسير
والتعاقد والتقاضى والكتابة والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التى كفلتها
الدماسير للأفراد . أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود بحمى القانون .
فالملكية حق ، والحق رخصة . ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية في
أن يملكوا طبقاً للقواعد التى قررها في أسباب الملك ، ومن ثم فالتلك رخصة .
فإذا ما كسب الشخص ملكية شيء معين بسبب من أسباب الملك ، انتقل
من الرخصة إلى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هي حق
الملكية على هذا الشيء المعين الذى ملكه ، وهي مصلحة يحميها القانون (١) .

== الفصل أول الفرق بين خطأ أو غير خطأ ، فيها كلامنا من السائل القانونية التى يخضع في حلها
لمضى الموضوع لربعة محكمة النقض (نقض مدنى في ١١ يناير سنة ١٩٣٤ الهامة ١٤ ص
٢١٩) أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرعش في الفصل السادس ص ٥٤ - ص ٥٥ - لايتول
وربير وبولانيهقرة ١٥٦ وقره ٩٦٧ .

(١) وكان المعروف التمييز القانون المدنى الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٥ من هنا
المعروف ، بنص مما يأتى : « الحقوق المدنية تروى : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها
دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعرف بها القانون الناس كافة . وورد بالذكرة
الإيضاحية للمعروف التمييز في صدد هذا النص مما يأتى : « تفرق المادة ٥ من المشروع بين
الحق والرخصة . وهى بذلك تعهد للأحكام المتعلقة بالتصنف في استعمال الحق . فالتصنف يرد
على استعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التصنف في ترتيب مسئولية من
يأتسرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك . ويحدد الحق في هذا الصدد كل مسكة
تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والأفراد كحق الشخص في ملكية عين من ==

والرجل العادي في سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلزم قدرأ من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير. وإذا استعمل حقاً فإنه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق. فإذا ما انحرف شخص وهو يأتي رخصة - متى أو تعاقد أو تقاضى أو كتب أو نشر - عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادي، فحقه يسارته ولم يلزم اليقظة اللازمة فلهى أحد المارة، أو تعاقد مع أحد الفنيين الموظفين في مصنع منافس وحمله بذلك على أن يخجل بالتزاماته نحو مصنفه، أو تقاضى فتكسب سبيل الاحتدال وأمن في الإضرار بخصمه باستعمال إجراءات التقاضى في غير ما وضعت له للدأ في الخصومة، أو كتب فأفشى سرأ من أسرار المهنة كان لا يجوز له إفشاؤه، أو نشر قذف شخصاً، كان كل هذا خطأ يحقق مسئوليته. كذلك إذا استعمل حقاً معيناً - حق ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق دين - فجاوز الحدود المرسومة للحق الذى يستعمله. بأن يبي في ملكه مجاوزاً حدود هذا الملك، أو فتح المطلق في المسافة الممنوعة قانوناً، أو قيد الرهن بأكثر من الدين، أو تقاضى غيا له من الدين فوائد أكثر مما يبيحه القانون، كان كل هذا أيضاً خطأ يحقق مسئوليته.

وقد كان رجال الفقه في القرن الماضي يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق. فيشترطون في إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي. أما الحق فلا يشترطون في استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده. فكان الخطأ في نظرهم هو انحراف عن السلوك في إتيان الرخصة أو مجاوزة الحدود في استعمال الحق. أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق، فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير. ومن ثم كان استعمال الحق موهوناً بمعنى حدوده. فإن جاوزها صاحب

== التحمين أو حقه في القضاء دين من القويون ... أما ما عدا ذلك من المكاتب التي يتفرع بها القانون فلا تكفى دون أن نكون عملاً للاحتصاص الملجأ فرسخ أو إباحة كالمرتب العامة نوا إليها. ومنه الرخص أو الإباحة لا حاجة لل فكرة الصف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر من استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية المدنية تكفل بذلك على وجهه. وقد حذفت لجنة المراجعة - هذا النص - والمبروع النهائي لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التشريعية ١ ص ٢٠١ ق الخامس).

الحق كان هنا خروجاً عن الحق ، وهو خطأ يحقّ مسؤوليته . وإن الزمها فلا تتحقق مسؤوليته . حتى لو انحرف في استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن في استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاورة الحدود التي وضعت له . وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير ، ومهما كان مهملاً أو كان سيئ النية . وهذه الصورة هي التي نظر فيها رجال الفقه الحديث ، ورأوا أخلاقاً للفقه في الماضي أن المسؤولية يجب أن تتحقق . وأطلقوا عليها اسماً مرفوعاً هو التصف في استعمال الحق ، (abuse de droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهي الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق ، وصورته الجديدة وهي التصف في استعمال الحق . وتناول كلا من الصورتين في تطبيقاتها المختلفة .

١٥ - الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

٥٤٥- مع قاهرة عامّة وصورة إلى حالات صمودة : رأينا أن هناك

قاعدة عامة تقضي بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض . وهذه هي السياسة التشريعية التي جرت عليها التقنينات اللاتينية . فهي لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ ، بل تقتصر على وضع قاعدة عامة على النحو الذي أسلفناه . أما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية فلها تعتمد إلى التفصيل ، وتتفاوت في إيراد الحالات التفصيلية للخطأ (١) . ومن المعروف في القانون الإنجليزي أنه

(١) وكذلك الفقه الإسلامي لا يضع قاعدة عامة ، وإنما يورد حالات تفصيلية . وهناك حالتان رئيسيتان يوجب فيها الضمان فيما لم يجرى بهما الضرر الذي يقع على المال ، وهما اللبس والإتلاف . فالنائب هو أخذ ما لا يحقّ من غير إذن ، بلا إذن من له الإذن ، على وجه يترتب به . بل قد يكون . ويجب على النائب رد المصوب لو كان قائماً في مكان غصب ، أو رد قيمته لو حلك حتى لو كان المالك بجرة هامة . والإتلاف قد يكون مباشرة أو تديباً . فالإتلاف باغرة هو إتلاف الشيء بغير إذن ، من غير أن يتخلل بين فعل المباشّر والتلف فعل آخر ، والإتلاف تديباً يكون بعمل يقع على شيء . فيضى إلى تلف شيء آخر . فن قطع جبل قد يهلك سبباً متفصلاً لبقوة على الأرض وانسكابه ، ويكون سبباً قد ألغى الجبل مباشرة ، وكسر التمدليل تديباً . والقاعدة أن المباشّر ضامن وإن لم يمد ، والتصديغ غير ضامن إلا إذا كان متصداً أو متصداً =

لا يشتمل على قاعدة عامة في الخطأ ، بل يحوى أنواعاً مختلفة من الخطأ يورد لكل نوع منها حكمه ، ومن ثم سمي هذا القسم من القانون الإنجليزي ، **لا بقانون الخطأ (Law of tort)** ، بل بقانون الأخطام (Law of torts) .

على أن الفرق ليس بكثير كما يظهر لأول وهلة ما بين القوانين اللاتينية وبين القوانين الإنجليزية والجرمانية . فالثانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تتناول الخطأ في ذاته وتحدد أركانها . أما الأولى فتبدأ بهذه القاعدة العامة ، ولكنها تنهى في تطبيقها القضاء إلى حالات في الخطأ تعددها المحاكم حالة حالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهناك إذن طوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بينة الحدود ، شبيهة بالجرائم الجنائية التي يعدها قانون العقوبات .

وها نحن ، على سبيل المثال ، نتناول في إيجاز ، بعض هذه الحالات على النحو الذي انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

٥٤٦ - حوادث النقل والسيارات والطرق الحديدية وغيرها من وسائل النقل

النقل : من المبادئ التي يتبع فيها المجال لوقوع الخطأ حوادث النقل . فقد زادت أخطار النقل بقدر ما تعدد من وسائله وما امتد من نشاطه . ويقع كل

منه (نجم الضمانات ص ١٤٦) - أما الضرر الذي يمس على الجسم فتدخل فيه فكرة العقوبة الجنائية مع التمييز المدني . ويزاؤه الدية والأرض وحكومة العدل . أما الدية فتجب في القتل غير المصد (أما القتل المصد فيجب فيه القصاص وهو عقوبة خاصة لا تعويض مدني) وفي الجنابة على ما دون النفس عن غير عمد على عضو تمكن فيه الماتة . والأرض جزء من الدية ، فإذا تعدد الضو الذي تمكن فيه الماتة ، وأصيب بعض منه ، فدية تجب بنية ما أصيب ، ونسي في هذه الماتة أرساً ، فيجب نصف الدية في العين الواحدة وزبها في أحد أشجار العين الأرمية وحكنا . وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرض ، أي في الجنابة على ما لا تمكن فيه الماتة ، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضي ، وهذا من حكومة العدل (البدائع ص ٢٢٢ وما بعدها) . ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل وهي أكثر مرونة من القصاص والدية والأرض ، تتكاد تضع مبدأ عاماً في التعويضات الإسلامية يخص بأن السبل النار الذي يوجب النفس فيما لا تمكن فيه الماتة (ويستل في هذا أكثر الجراح والشجاج) عمداً كان أو غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضي . وهذا المبدأ يكمل المبدأ الآخر الذي يستخلص من قواعد القصاص والإتلاف وهو متعلق بالسبل النار الذي يوجب المال . (انظر في كل ذلك نظرية القصد للوفات فقرة ٦٦) .

يوم من حوادث النقل ما يوجب المسؤولية . وهي حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى المركبات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات ، وفي البر والبحر والجو .

والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر . والنقل بأجر قد يكون نقلاً للأشياء أو نقلاً للأشخاص . ففي نقل الأشياء يلتزم عامل النقل بنقل ما عهد إليه في نقله سليماً إلى المقر المتفق عليه ، فإذا تلف في أثناء النقل كان عامل النقل مسئولاً . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لقيامها على التزام يترتب على عقد النقل ، فلا يستطيع عامل النقل أن يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . وتجب المسئولية العقدية في رأينا المسئولية التقصيرية ، فلا خيرة بين المسئوليتين . وفي نقل الأشخاص لم يكن القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يرتب مسئولية عقدية . ثم انتهى إلى أن يستخلص من عقد النقل التزاماً بضمان سلامة الراكب ، وأصبح عامل النقل ملزماً بموجب العقد أن يصل بالراكب إلى المقر المتفق عليه سليماً معافى . والالتزام بضمان السلامة في نقل الأشخاص ، كما هو في نقل الأشياء ، التزم بتحقيق غاية . فإذا أصاب الراكب ضرر بسبب النقل كان عامل النقل مسئولاً مسئولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي (١) .

وقد يكون النقل بغير أجر (transport bénévole, gratuit) ، كأن ينسحب شخص صديقاً له في سيارته في نزهة أو إلى مكان معنوم ، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة ، فهل يكون صاحب السيارة مسئولاً . وعلى أي أساس تقوم مسئوليته ؟ نرى أن النقل في هذه الحالة ليس بعقد ، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً ، وقد تقدم ذكر ذلك . فنتبعد إذن المسئولية العقدية (٢) . ولا تبقى إلا المسئولية التقصيرية . وهنا تتفتح أمامنا طرق ثلاثة : هل تكون هذه المسئولية هي مسئولية حارس الأشياء ، فيعتبر صاحب السيارة وهو الحارس لها مسئولاً

(١) أنظر في هذا الموضوع ملزو ١ فقرة ١٥٢ - فقرة ١٥٣ - بلاتيلوريير وبولانيه ، فقرة ٩٦٠ .

(٢) أنظر عكس ذلك لالو فقرة ١٨٧ س ١٧٢ . وهو يقول بالمسئولية العقدية في النقل المجاني .

نحو صديقه عن الضرر الذى أصابه حتى يقيم الدليل على السبب الأجنبي (١) أو تباعد المسئولية على أساس الحراسة ونبى في دائرة المسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات ، وتقول إن الصديق المنصرف يجب أن يثبت خطأ في جانب صديقه صاحب السيارة ؟ وإذا قلنا بذلك ، فأى نوع من الخطأ يجب أن يثبت ؟ هل يجب أن يثبت خطأ جسيماً باعتباره أنه رضى بإخلاء مسئولية صديقه بعد أن تبرع هذا بنقله ، فلا يكون صاحب السيارة مسئولاً إلا عن الخطأ الجسيم ؟ (٢) أو يكفى أن يثبت خطأ يسيراً طبقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية ؟ (٣) أما المسئولية على أساس الحراسة فيجب استبعادها ،

(١) أنظر من هذا الرأى جوسران في تطبيقه في دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ - بيون ص ١٦٠ .

(٢) أنظر من هذا الرأى ريكول (Ricoul) في تطبيقه في دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٢١ - وروجيه (Roger) في تطبيقه في دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ . ويتبرع القضاء المصرى الى هذا الرأى . فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الصديق الذى يتسلم قيادة صديقه المتبرع بها على طول مسافة الطريق يعتبر أنه على اتفاق معه فيما يتجه من أساليب القيادة وأنه موثق من حذقه ومهارته ، وكلاهما يكون مسهلاً للضرر بدوابة واحدة . ومن غير القول أن يتطاب من أى شخص أن يوجه عنيته للغير أكثر مما يوجهها لنفسه (١١ مايو سنة ١٩٢١ إضافة ١٢ رقم ٢/١٧٨ ص ٣٢٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في أحكام كثيرة بأن من يقبل النقل عملاً يعتبر أنه قد أعزى صاحب السيارة من مسئوليته ، فلا يستطيع الرجوع إلا إذا أثبت في جانب صاحب السيارة خطأ جسيماً ، بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تحيط ميطراً على السيارة ، أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد صابيح سيارته (استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ - وفي ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢٢٥ - وفي ٤ مايو سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٤ م ٥٥ ص ١٦٣ - محكمة مصر المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جلزت ٢٠ رقم ١٩٠ ص ١٧٦) .

(٣) أنظر من هذا الرأى بلانول وريير وإسبان ١ قرة ٦٢٢ - جردينا وريتش قرة ١٠٤ ص ٦٦١ - جنى في تطبيقه في سيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ - ريير في تطبيقه في دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ - إسبان في تطبيقه في سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ . وبهذا الرأى أخذت محكمة القضاء الفرنسية : ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ - دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ مع تطبيق ريير وسيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ مع تطبيق جنى - وفي ٩ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٥٣ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٤١٤ - وفي ٧ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ مع تطبيق إسبان - وفي ٢٢ يولية سنة ١٩٢٩ جلزت حى باله ١٩٢٩ - ١ - =

إذ شرطها ألا يكون المضرور قد اشترك مجاناً في استعمال الشيء الذى أحدث الضرر (١). كذلك يجب استبعاد أن الصديق المضرور قد رضى بإخلاء مسئولية صاحب السيارة ، إذ حتى على فرض أن هذا صحيح فهو اتفاق على الإعفاء من مسئولية تقصيرية وهو لا يجوز . فلا يبقى إذن إلا الطريق الثالث ، ويكون صاحب السيارة مسئولاً نحو صديقه المضرور إذا أثبت هنا خطأ يسيراً في جانبه وفقاً للقواعد العامة (٢).

وهناك مسئولية تقصيرية أخرى ترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة في الطريق. ومن الأمثلة المألوفة أن يقود شخص سيارة ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسير في الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق (٣)، أو أن يدخل من شارع جانبي إلى شارع رئيسي دون أن ينتظر مرور السيارات التي تسير في الشارع الرئيسي (٤)، أو أن يغفل تنبيه العابرة إلى خطر يهددهم من سيارته،

= ٥٨٨ - وفي ١٨ يولية سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ - وفي ٥ مايو سنة ١٩٤٢ سيره ١٩٤٢ - ١ - ١٢٥ مع تطبيق منى ملزو . (أنظر في أحكام أخرى بهذا المنى لمحنة القضاء الفرنسية ملزو ١ بقرة ١٢٧٨) .

(١) أنظر ملزو ١ بقرة ١٢٧٤ - بقرة ١٢٧٥ وبقرة ١٢٨١ - بقرة ١٢٨٧ .
(٢) أنظر في هذا الموضوع ملزو ١ بقرة ١٢٧٣ - بقرة ١٢٨٩ والراجع المشار إليها فيه (بقرة ١٢٧٤ حملش رقم ١ مكرر) . وانظر في الفقه المصري مثلاً للدكتور حلمي بهجت بدوى بك في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية من ١٣٧ - ومطقي مرعي بك في المسئلة المدنية بقرة ٦٦ - بقرة ٦٩ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سائق السيارة ، حتى لو سار في طريق ذي اتجاه واحد ، يجب عليه مع ذلك أن يلزم الجانب الأيمن من الطريق (استئناف مختلط في ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ م ٥٦) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السائق الذي يأتي من شارع جانبي يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذي يسير في الشارع الرئيسي ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضاً بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط في ٢٨ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ م ٢١٠ - وانظر أيضاً في هذا المنى استئناف مختلط في ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ م ١٩٤) . وقضت محكمة الإكسكدرية المختلطة بأن السائق الذي يأتي من الشارع الأصغر يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذي يسير في الشارع الأكبر ، فإذا كان الشارعان مساويين في الأهمية ، فالسائق الذي يأتي من جهة اليمين هو الذي يسبق (محكمة الإكسكدرية الكلية المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ م ١٦) .

أو أن يخالف لوائح المرور ونظمها (١). وكثيراً ما تقع الحوادث من قطارات السكك الحديدية (٢) والمركبات الكهربائية (٣) وغير ذلك من وسائل النقل

(١) استئناف مخطط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٦ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - وفي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢ - وفي ٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٤ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٧ - وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٢ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٦ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ - وفي ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ . وانظر في حوادث السيارات : ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ - وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨١ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٨ - وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٢٨ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ - وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٦ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٣ . وكان القضاء المخطط يفتي بأن المسؤولية في حوادث السيارات لا تنبئ على مجرد أن السائق هو مالك السيارة (استئناف مخطط في ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٣٠٢ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٣) ، ولكن بعد فاذا القانون الذي الجديد يفتي المسؤولية في حوادث السيارات على أساس الحراسة ، فالحارس السيارة هو المسؤول ولا يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) .

(٢) أنظر في مسؤولية مصلحة السكك الحديدية بسبب مصباح زيت ميب أحرق مركبة (استئناف مخطط في ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٩٩) - وبسبب عيب في فرملة القطار (استئناف مخطط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٩) - وبسبب إعطاء إشارات غائية (استئناف مخطط في ٠٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٦) - وبسبب وقوف القطار ببدأ من المحطة (استئناف مخطط في ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٨) - وفي مسؤوليتها عن الأضرار التي تصيب المواطنين (استئناف مخطط في ٩ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٠ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٧ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ - وفي ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٢ - وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٨) - وفي مسؤوليتها عن خروج القطار عن الترمط (استئناف مخطط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ - وفي ٢ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٥ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٧ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٢) - وفي المسؤولية عن الضرر الذي يتلحق بقطار (استئناف مخطط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٨) - وفي تصادم القطارات (استئناف مخطط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٢٤٨ - وفي ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢) =

= وبسبب إحدى المواقف (استئناف مخطط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ٦٣) . وأظن أيضاً نفس مدني في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ - المحاملة ١٥ رقم ٧٨/١ من ١٥٥ - استئناف مصري في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاملة ١٣ رقم ٥٤٨ من ١١٠٤ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاملة ١٤ رقم ٢/٢٥٨ من ٤٩٥ .

وأما عن حوادث مجازات (مزلقات) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض في دائرتها المجانية بأنه إذا صح أن مصلحة السكة الحديد في الأصل غير مكلفة بأن تنم حراساً على المحطات فرفع الخطر عن المارة من قطاراتها ، إلا أنها إذا أغلقت حراساً بالفضل عمدت إليهم إقتالها كما كان هناك خطر عليهم من اجتيازها وقضيا حيث لا خطر ، وأصبح ذلك ممهوراً للناس ، فقد حق لهم أن يمولوا على ما أوجبه على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المحطات مفتوحة إيماناً بالمرور بعدم وجود الخطر . فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المحطات مفتوحة بحيث كان ينبغي أن يوقفه وجب اعتباره متخلياً عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فله هنا إعمال بالمسئولية الواردة بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ عقوبات ، وتكون مصلحة السكة الحديد مسئولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) . ولا محل للتعدي هنا بأنه على الجمهور أن يحتاط لنفسه ، كما أنه لا محل لتعدي بنس لائحة السكة الحديد التي حذرت على الجمهور المرور بالمحطات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الخطر جزاء من كانت الواقعة التابئة بالحكم لا تخيد أن سائق السيارة حاول المرور من المحطات مع طقه بالخطر . (نقض جنائي في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٧ المحاملة ٢٨ رقم ٣١٩ من ٩٠٥) .

وقضت محكمة المصورة الكلية الوطنية بأنه وإن كانت مصلحة السكة الحديد غير ملزمة بمغلقة المزلقات ، إلا أنها ملزمة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي المارة بوجود المزلقات ، وخاصة إن كانت تقع على طريق مطروق كثيراً يوضع قانون التحذير ليلاً . وإذا وضعت مصلحة السكة الحديد قانونين بنور أحمر على جانبي المزلقات لتحذير المارة ليلاً ، ووضعت لوحة للاحتراس من القطارات فلا مسئولية عليها عند وقوع حادث (المصورة الكلية الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ المحاملة ٢٤ رقم ٣٣ من ٧٠) .

وأظن من القضاء المخطط في حوادث المزلقات : استئناف مخطط في ٥ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٢٥٠ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٤٥ - وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٥٩ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٣٢١ - وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢٦٤ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢١١ .

(٣) أظن في مسئولية شركة التزام عن سير القطار قبل أن ينزل الركاب (استئناف مخطط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ١٢ من ٣٤ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ١٣ من ٣٨ - وفي أول يونيو سنة ١٩٣٤ م ١٦ من ٢٩١ - وفي ٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٢٩ من ٣٩٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٤٠ من ١٤٨ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٤٢ من ٣٨) - وعن نزول الركاب مسرعين في دفر بسبب حادث وإصابته من جراء ذلك (استئناف مخطط في ٣٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ١٧ من ١٩٣ - وفي ١٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٢٦ من ٤١٤ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٤٠ من ٢١١) - وعن إصابة المارة -

المختلفة (١) . وبلا حظ في كل ذلك أن المسئول عن الخطأ . وهو السائق : استعمل رخصة أباحها له القانون ، بأن اتخذ وسيلة من وسائل النقل المعروفة : فانحرف في إثبات هذه الرخصة عن السلوك المألوف للرجل العادي ، وأضر بالغير . فكان هذا خطأ يستوجب المسؤولية . وسرى أن المسؤولية في أكثر هذه الأحوال . بعد نفاذ القانون المدني الجديد . لا تنبئ على خطأ واجب الإثبات ، بل على أساس حراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية ، فيكون الحارس مسئولاً عما تحدثه وسائل النقل من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) : وسيأتى تفصيل ذلك .

٥٤٧ - حوادث العمل : وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقدم المهنوعات الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى . ولعل حوادث النقل وحوادث العمل هي أبلغ الحوادث أثرآ في تطور المسؤولية التقصيرية . وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠) كان القضاء المصري لا يجعل صاحب العمل مسئولاً قبل العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ في جانب صاحب العمل (٢) .

= في الطريق (استئناف مخطوط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٤٩ - وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ١٢١ - وفي ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ٢٦٨ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٨٩ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ م ١٦٠ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ م ٦٨ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ٢٧٩ - وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٥١١ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ م ٤٦٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٧٤ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٢٥ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٣٦ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ١٣٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ١٩٦ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ١٧٤ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢١٧ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ١٧٦ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ م ٤١ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ م ٤٩) .

(١) أنظر في حوادث الطلقات : استئناف مخطوط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ م ١٩٦ .
(٢) استئناف مخطوط في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ م ١٩ - وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ م ٥١ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ١٥٥ - وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٢٩٥ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٣٣٥ - وفي ٢٨

ولكنه كان يمكن إثبات أى إهمال (١) ، ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة حتى يحمي العمال من مخاطر العمل وإلا كان مسئولاً (٢). وتصبح مسؤولية صاحب العمل أشد إذا كان العامل صبياً صغير السن (٣) . ولا يستطيع صاحب العمل أن يخفف باتفاق من مسؤوليته التقصيرية (٤) . وهو مسئول عن خطأ تابعه (٥) . ولكن يجوز أن يعهد بتعويض العمال تعويضاً مقدراً عن مخاطر العمل (٦) . وترفع مسؤوليته

= مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٢ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٣ -
وفي ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ -
وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٦ - وفي ٧ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٩ -
وفي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩١ - وفي ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١١ -
وفي ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٤ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦١ -
وفي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٩ -
وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨١ - وفي ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٤٢ -
وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ -
وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧١ .
(١) استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ الجمعية الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ١٩ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ .

(٢) استئناف مختلط في ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٣ - وفي أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٢ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٤ - وفي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٧ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٣٦ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٩ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦١ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ -
وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ .
(٣) استئناف مختلط في ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٤ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ جلزيت ٤ رقم ٤١٩ ص ١٧٠ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٤ -
وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٩ .

(٤) استئناف مختلط في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٥) استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٨ - وفي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٠ .

(٦) استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٦ - وفي أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٤ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه (١).

وبعد أن صدر قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ، ثم قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذى حل محله ، خضعت حوادث العمل لهذا التشريع الجديد ، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل (٢).

٥٤٨- المسؤولية عن الأخطاء الفنية في مزاوله المهنة: وكثيراً ما يخطئ

رجال الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك في مزاوله مهنتهم. فالطبيب قد يخطئ وهو يقوم بعملية جراحية ، وقد يخطئ الصيدلى في تركيب الدواء ، والمهندس في عمل التصميم الهندسى ، والمحامى في القيام بإجراءات التقاضى ومراعاة المواعيد المقررة لذلك .

وأول ما يجب ملاحظته في هذا الشأن أن مسؤولية هؤلاء الفنانين تكون في أكثر الأحوال مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنهم يرتبطون بعقد مع عملائهم في تقديم خدماتهم الفنية (٣) . ولكن الخلطة الفنية التى يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة

(١) استئناف مخطط فى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ١٥١ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ م ١٧٠ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ م ٤٩١ - وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٨٣ .

(٢) أنظر آخراً قرة ٥٢٧ فى المجلس . وانظر استئناف مخطط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ م ٢٥ .

(٣) الدكتور وديم فرج بك فى مسئولية الأطباء المراجعين الدنية مقال فى مجلة المحامون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها - كولان وكاجان ٢ قرة ٩٢٨ - بلانول وبيير وإسمان ١ قرة ٥٢٤ - جوسران ٢ قرة ١٢٨٧ - ملزو ١ قرة ١٤٨ وقرة ٥٠٨ - لالو ٢ قرة ٤٢٢ - سافتييه قرة ٧٧٥ - قس فرنس فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ جلزيت دى بايه ١٩٣٨ - ١ - ٣١٤ - وفى ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٩ سيرة ١٩٤٠ - ١ - ٧٣ - وفى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ سيرة ١٩٤٠ - ١ - ٨٤ .

أما القضاء فى مصر فيقتضى بأن مسئولية الطبيب مسئولية تصيرية بيده عن اللئولة القدية (قضى مدنى فى ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ م ١١٥٦ - استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المأمدة ٢٢ رقم ٨٥ م ٧٥٨ - اسكندرية ومصر الوطنية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المأمدة ٢٤ رقم ٣٥ م ٧٨ .

هى التى تقتضيا أصول المهنة التى ينتمون إليها . فالزامهم بالعقد هو إذن التزام يندل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسؤولية العقدية بمعيار المسؤولية التقصيرية . فهم فى المسؤولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التى تقتضيا أصول المهنة ، فإن هذا هو السلوك الفنى المألوف من رجل من أوساطهم علماً وكفاية ويقظة . فالانحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنيًا (faute professionnelle) . وغنى عن البيان ألا خيرة بين المسئولين ، فإذا كان الخطأ المهني عقدياً جبّ المسؤولية التقصيرية . وإذا كان معيار الخطأ المهني واحداً فى المسئولين ، فهناك فروق معروفة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تجعل انعدام الخبرة بين المسئولين ذا أهمية عملية . وتقتصر هنا على معيار الخطأ المهني ، وهو واحد فى المسئولين كما قدمنا .

ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى وجوب التمييز فى مزاولة المهنة بين الخطأ العادى والخطأ المهني . فالخطأ العادى هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولة مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة ، كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران . ومعيار الخطأ العادى هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الخطأ المهني فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة ، كما إذا أخطأ الطبيب فى تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة ، فى نظر هؤلاء الفقهاء ، عن الخطأ المهني إلا إذا كان خطأ جسيماً ، حتى لا يقعد به الخوف من المسؤولية عن أن يزاول مهنته بما يبغي له من الحرية فى العمل ومن الطمأنينة والثقة فى فنه وفى كفايته الشخصية (١) . وبهذا الرأى أخذ القضاء المختلط فى بعض أحكامه (٢) .

والتمييز بين الخطأ العادى والخطأ المهني فى مزاولة المهنة ، فوق أنه دقيق

(١) لوران ٤ فقرة ١١٨٧ - ديوج ٣ فقرة ٢٦٤ - سافاتييه فى تعليقه فى دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٤٩ .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأن مسؤولية الأطباء لا تنطبق إلا فى خطأ جسيم : ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ - ١٦٦ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ م ٩ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ م ١٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ١٥٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ م ١٩ - ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٢٥٠ .

في بعض الحالات ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال
القنين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء في
حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب اعتبار الرجل القنى مسئولاً
عن خطئه المهني مسئولية عن خطئه العادي ، ليسأل في هذا وذلك حتى عن
الخطأ اليسير . وبهذا أخذ القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر (١) . والذي
أدخل اللبس في شأن الخطأ المهني أن الميعار الذي يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً

(١) سورداقرة ١٧٧ مكررة - بلانول وريير وإسمان ١ قرة ٥٢٤ - لالو
قرة ٤٢٦ - ملزو قرة ٥١١ . محكمة القنى الفرنسية في ٢١ يولية ١٩١٩ دالوز
١٩٢٠ - ١ - ٣٠ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سيبر ١٩٢١ - ١ - ١١٩ -
وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ١ - ٨٨ - وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨
جلزيت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٧٢١ - جرينويل في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ سيبر
١٩٤٧ - ٢ - ٣٨ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة من تحقق وجود
خطأ مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ فنياً أو غير فني ، جسيماً أو بسيطاً . لهذا فإنه يصح
الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ بسيطاً ، ولو أن هذا الخطأ له سعة طيبة نظيرة (٢) ينابر
سنة ١٩٣٦ المجلد ١٦ رقم ٢٣٤ (س ٧١٣) . وقضت محكمة الإكستورية الكلية الوطنية
بأن الطبيب الذي يحل محل مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تحقيق بين الخطأ وبين والجسم ،
ولا بين القنين وغيرهم ... والقول بعدم سامة الطبيب في حالة خطأ المهني إلا عن خطئه الجسم
دون اليسير ، هذا القول كان مثلاً اعتراضات لوجود مسؤوليات في التمييز بين نوعي الخطأ ، ولأن
نص القانون الذي يربط مسؤولية الخطأ من خطئه جاء عاماً غير مقيد ، فلم يفرق بين الخطأ
الجسيم والجسيم ولا بين القنين وغيرهم . ويسأل الطبيب عن عمله سواء كان خطأ جسيماً أو
بسيطاً ، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٤ رقم ٣٥
س ٧٨) - أنظر أيضاً استئناف مصر في ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجلد ٢٣ رقم
٥٣ س ٨٤ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المجلد ٢٦ رقم
٥٥ س ١٣٢ . وقضت محكمة القنى بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه
في المصلحة ، ومسئولته هذه مسؤولية تعسرية (كفا) بعيدة عن المسؤولية المدنية ، تخاضع
الموضوع يستثنى ثبوته من جميع عناصر الدعوى غير مبرأة عليه (قضى مدني في ٢٢ يونية
١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ س ١١٥٦) . وكانت محكمة الاستئناف المختصة قضت في القنى
بمسئولية الطبيب ولو عن خطأ بسيط مادام معقلاً متنبهاً (casualty or non-casualty) : استئناف
مخطط في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢٢ - ١٢ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ س ١٨٣ .
وانظر في القنى المصري : الدكتور سليمان مرقس في بحثه في مسؤولية الطبيب ومسئولية
إدارة المستشفيات (مجلة القانون والاقتصاد ٧ س ١٥٥ وما بعدها) وفي مؤلفه الفصل الثاني قرة
٤٢ - قرة ٤٤ - الدكتور وديم فرج في مسؤولية الأطباء والمراجعين المدنية (مجلة القانون
والاقتصاد ١٢ س ٣٨١ وما بعدها) - مصطفي مرعي بك في المسؤولية المدنية قرة ٧٠ - قرة
٧٣ - الدكتور أحمد حشمت أبو سبيت بك قرة ٤٤٩ .

معيار فى . فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ ، فها استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هى ما لم تعد محلا للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهورهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلا (١) . ومن ثم يلبو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يتفكر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم ، فاختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أى خروج على هذه الأصول المستقرة ، جسيما كان هذا الخروج أو يسيرا ، يعد خطأ مهنياً يستوجب المسئولية . والشخص الذى الوسيط الذى يؤخذ معياراً للخطأ المهني يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية ، وقفا للقواعد المقررة فى هذا الصدد . فإذا كان طبيياً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمى : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة ويعالج مرضى الحى من مختلف أنواع المرض ، أو هو أخصائى لا يعالج إلا نوعاً واحداً من المرض ، أو هو العالم الفقه الذى يرجع إليه فى الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره ، ولكل مستواه المهني ، ولكل معياره الفنى (٢) . وما يقال فى الطبيب يقال فى

(١) أما المسائل الفنية التى تجل المناقشة والتى لم يسفر عنها إجماع من أهل الفن ، فهذه لا شأن للفنى بها ، وليس له أن يتدخل فيها برأى شخصى يرجع منجماً على منجذب . وفى هذا المعنى تحول محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية : « يسأل الطبيب عن خطئه فى العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل علاناً فنياً تختص فيه الآراء . فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختصون عليها ، ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها علماء ولو لم يسفر الرأى عليها فاتبها فلا لوم عليه . وعلى القضاء أن يضام النظر فى المناقشات الفنية عند تحديد مسؤولية الأطباء ، إذ مهمته ليست المناقشة بين طرق العلاج المختلف عليها ، بل فاصلة على التثبت من خطأ الطبيب للعالم (٣٠) ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحللة ٢٤ رقم ٣٥ من ٧٨ وقد سبق الإشارة إليه) — ومن ثم فالخطأ المهني ، ولو كان يسيراً ، يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية . وفى هذا المعنى تحول محكمة استئناف مصر : « مسؤولية الطبيب عن خطئه مسؤولية تعصيرية (كذا) بعيدة عن المسؤولية الضالفة . ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمة القابلة من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيلاً لا يأتى من له لطم بالفن الطبي إلا عن رغبة وعدم تعسر » (٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحللة ٢٢ رقم ٨٥ من ٢٥٨) . (٢) وتقول محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى : « والنسبة للأطباء الاختصاصيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا سادت حالة المرض بسبب سبلتهم ، لأن واجبهم الفقه فى التشخيص والاعتماد وعدم الإعمال فى المبالغة » (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحللة ١٦ رقم ٣٣٤ من ٧١٣ وقد سبق الإشارة إليه) . انظر أيضاً فى هذا المعنى الدكتور وضع فرج فى مسؤولية الأطباء والمراجعين الدودة (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ من ٣٩٩ من ٤٠٠ — الدكتور سليمان مرسى فى الفصل الضار فقرة ٤٤) .

الحامى والمهنتس والزراعى وغيرهم من رجال الفن .

٥٤٩- الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً ما يكون الخطأ اعتداء على الشرف والسمعة . وليس من الضروري أن يكون المعتدى سيء النية . بل يمكن أن يكون أروع من مرسعاً ، وفى الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وهذا خطأ موجب للمسئولية . والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة .

يقع عن طريق النشر فى الصحف بالسب والتذف (١) . حتى لو اتفق سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط (٢) . ولكن يراعى عدم التشدد فى اعتبار ما ينشر فى الصحف سباً أوقذفاً فى بعض الظروف التى تقتضى الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة ، وذلك كظروف الحرب (٣) ، وظروف الانتخابات (٤) ، وفى الحملات الصحفية التى تقوم لغرض التطهير من فساد منتشر (٥) ، وفى النقد العلمى والفنى البرىء (٦) . ويقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب . وليس سوء النية شرطاً فى المسئولية التقصيرية كما هو شرط فى المسئولية الجنائية . فقد يحفظ البلاغ الكاذب ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولاً مدنياً لأنه كان أروع من مرسعاً ولو أنه لم يكن سيء النية (٧) . كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لاجتائبا

(١) استئناف مخطط فى ٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ م ٢٩٨ - وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٣٤ - وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ م ٢٩٨ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٩ م ٤٨٨ .

(٢) استئناف مخطط فى ٣ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ٢٣٥ - وفى ٦ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٢٩١ - وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ م ٥٢ - وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ م ٩٤ - وفى أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٨٨ - وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٨٦ .

(٣) استئناف مخطط فى ٢١ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٥١٢ .

(٤) استئناف مخطط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ م ٢٥٤ .

(٥) استئناف مخطط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ م ٣٣٧ .

(٦) استئناف مخطط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥٠ م ٩٠ - وفى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ٣٥١ . وانظر فى حدود النقد المباح من التواشى الطبية والأدبية والتاريخية ملزوم ١٠٥ - ٥١٥ .

(٧) دائرة التقضى بمحكمة الاستئناف فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ م ٨١ - استئناف وطنى فى ١٩ يناير سنة ١٩١٤ . المراجع رقم ٤٤١ م ٢٨٢ -

ولا مدنياً لأنه لم يكن مسمى النيابة ولم يرتكب رعونة أو تسرعاً (١). ويكفي لنفي التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقي في روعه صحة ما يبلغ عنه ولولم يكن صحيحاً في الواقع. ويتخذ في هذا معيار موضوعي مجرد هو المعيار المعروف للخطأ. فلا يكفي أن تكون هذه الدلائل قد ألقت في روع المبلغ ذاته صحة ما بلغ عنه، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى ذلك في روع الشخص العادي المجرد عن الظروف الداخلية التي تحيط بالمبلغ (٢).

ويقع الاعتداء عن طريق دفاع في دعوى يقيم فيها الخصم خصمه أو يقيم الشهود أو الخبراء نهماً غير صحيحة تنطوي على الرعونة والتسرع، حتى لو لم يكن الخصم مسمى النيابة في هذا الاتهام (٣).

ويقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة عس سمعة شخص، دون أن يصطنع المذيع الحيلة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها (٤).

ويقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة، بسوء نية أو عن رعونة (٥). ولكن المصلحة التي تذكر أسباب فصل موظف من موظفها بناء على طلب

= استئناف مخطئ في ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢٢ ص ٢٢٧ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٥.

(١) استئناف مخطئ في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦١ - وفي ١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٦.

(٢) أما إذا كان اللخب موشطاً من موطن الأمن العام فلا مسئولية عليه إذا هو بلغ قبل أن يتثبت من محال خبر إذا لم تكن لديه شبهات كافية، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بملضى القانون (مكة مصر الكلية الوطنية في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحالة ١٠ رقم ١٦٩ ص ٢٣٧). كذلك يكفي لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المبلغ عليه متى لم تكن لديه شبهات جدية تبرر الاتهام (أنظر في الموضوع مصطفى مرقى بلقي للثبوت للدينه بقرة ٨٥ - مازو ١ بقرة ٥٠٠).

(٣) استئناف مخطئ في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٠ - وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٨٠ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ - وفي ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٧.

(٤) استئناف مخطئ في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩.

(٥) استئناف مخطئ في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ (وقد سبقت الإشارة إليه). أنظر أيضاً مازو ١ بقرة ٥٠١.

قدم لها في هذا الشأن لا تكون مشولة (١). ولا يكون مشولا بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين (٢).

٥٥٥- فسخ الخطبة والنفقة : والخطبة، أو الوعد بالزواج، ليست عقداً ملزماً، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بقصد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فتل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام. ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج، إذ لم يكن خطأ عقدياً، قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض (٣). ومقياس الخطأ هنا هو المقياس المعروف، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية. والأصل أن فسخ الخطبة لا يعمل حقا في التعويض إلا عن الضرر المادي (٤). ولكن إذا سبقه استنواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي (٥). على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف

- (١) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحللة رقم ٤١٢ م ٥٣٨ - محكمة الاستئناف المحللة في ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٧ م ٢٨٦.
- (٢) استئناف مخطوط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ م ١٦٤.
- (٣) استئناف مخطوط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ م ٢١١ - وفي ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ م ١٨٩ - وكفخ الخطبة الطلاق، كإلزامية لا يجوز الانحراف في استعمالها عن السلوك المألوف لنفس العادي. فإذا غير زوج ميسر دينه ليطلق امرأته كان مشولا عن التعويض (استئناف مخطوط في ٥ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ٢٨٧). أما الزوج السليم إذا طلق امرأته فلا يكون في الأصل مشولا إلا عن مؤخر الصداق (استئناف مصر في ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحللة ١٧ رقم ٥٨ م ١١٩ - استئناف مخطوط في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٤٨٩). ولكنه قد يكون مشولا أيضاً عن التعويض إذا كان استعماله لرخصة الطلاق خطأ يوجب مشولته التقصيرية (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٠ يناير سنة ١٩٣٦ المبيعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٥ م ١٠٧ - محكمة شين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحللة ١١ رقم ٢٧٧ / ٢ م ٥٤٠ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحللة ١٣ رقم ٥٦٤ م ١١٣٣ - طرن محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المبيعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٨ م ٨٢ - وانظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور الحيد مصطفى الحيد).
- (٤) استئناف مخطوط في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ٢١٤ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٣٤.
- (٥) استئناف مخطوط في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جزيت ١٨ رقم ٣٢٣ م ٢٥٧ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٠٧.

الجنسى ، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر أدبي ، حتى لو كان هناك مشروع الزواج لم يتم (١). وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيين أحدهما قاصر ، فوالد الخطيبة هو المسؤول إذا كان هو السبب في الفسخ (٢).

هذه المبادئ الواضحة ، على وضوحها ، لم تستقر في القضاء المصري إلا بعد اضطراب وتأرجع . فقد صدرت أحكام ، من القضاء الوطني بنوع خاص ، تقضى بأن فسخ الخطبة لا يوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلا سبيل إلى تحميل الخاطب الذى يعدل مسئولة عمل مشروع ، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة ، كما أن تحرى العوامل التى دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التى لا يست هذا الفسخ يقتضى التدخل فى أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات العائلية بمحرمات الناس ، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذى يطلق نبيل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذى دفعه ، فكيف يصح إلزام الخاطب بتعويض قد يربو على ذلك إن هو عدل عن الخطبة (٣) وفى الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى ، من القضاء الوطنى والقضاء المخطط ، تقضى بجواز التعويض عن فسخ الخطبة ، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سيئ الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية. ذلك أن المحكمة فى جواز العدول عن الخطبة هى تمكين طرفيها من تقادى الارتباط بزواج لا يحصى الغاية المرجوة منه ، فلا تحمى الشرائع عدولا طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه ، وخسارة نصف المهر فى حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلاً للطلاق فى ذاته مجرداً عن كل طرف آخر يجعل منه فلا ضاراً موجباً للمسئولة المدنية ، ولا يستلج القضاء أن يتدخل عن سلطته فى تقدير الأفعال التى يترتب عليها إضرار أحد الخطيين بالآخر ، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، احتجاجاً بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية

(١) استئناف مخطط فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٨٤ .

(٢) استئناف مخطط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ .

(٣) أنظر فى هذا المعنى استئناف مصر الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحللة ٥ ص ٢٢٤ - وفى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المحسوبة الرسمية ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ - وفى ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحللة ١١ رقم ٣/٣١٣ ص ٦٢٦ - وفى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحللة ١٢ رقم ٤٢٢/٢ ص ٨٥٥ - محكمة الزنا فى الاستئناف فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحسوبة الرسمية ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

الحقيقة بالحرمان . فإ كانت دقة النزاع لتصلح دفعا بعدم اختصاص القضاء بنظره، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمان لمساها بذات الإنسان (١) . ثم إن الأحكام التي قضت يجوز التويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عقد ملزم ، المدول عن الوفاء به يوجب التويض (٢) . ولكن الكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التويض إنما يعطى على أساس المسؤولية التضيقية لا المسؤولية العقابية (٣) .

(١) أظن في هذا التي استضاف مصر الوطنية في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٣ م ١٦٦ - وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ رقم ٢٦٧ م ٥٣٩ - محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ م ٥٣ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٣٠ م ٧٣ - محكمة سوحاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ الجلسة ٢٨ رقم ٤٣٤ م ١٠٥٦ - استضاف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ م ٣٠٧ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ م ٧٩ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ١٩٦ - وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ م ٢٢ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١١٢ . ويؤيد الأستاذ مصطفى مرمي بك هذا الرأي في كتابه المسؤولية المدنية (قرة ١١٧ - قرة ١٢١) ويورد طائفة من أحكام القضاء التي أخفت به والتي أخفت بكه .

(٢) وأظهر حكم في هذا التي ما قضت به محكمة سوحاج الكلية ، وقد جاء في حكمها ما يأتي : « الخطبة تنقضي علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كالا يمكن إبطال اعتبارها ولا تبريدها من أي تدبير قانوني . فتبها يصدر إلجاء يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم . وفي هذا العقد يلزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد الثاني في الوقت الملائم . وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاة الالتزام عينا أي إجراء هذا التعاقد الثاني لأن الوعد بالتعاقد لا ينقضي إلا حقا شخصيا ، إلا أن المدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التويض . وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا ، إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده . ولكن إذا أجرى ذلك في تهو أو عنف أو خالفا لما يبرره أو بغير سوء مشروع أو لمجرد الهوى ، فإن ذلك يوجب التويض . والتويض الأدبي لا يحد به الإثراء ولكن رد الكرامة ومحو الأثر السيئ الذي تخلف عن فعل المصلح . وتضمن الخطبة تويضا ماديا مما لحقها من ضرر فبما تكلفته من مدائن الزواج في مجموعها ما دللت لا تقضي الاتضاع بها على الوجه الصحيح » (سوحاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ الجلسة ٢٨ رقم ٤٣٤ م ١٠٥٦ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٣) وتقول محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في هذا التي ما يأتي : « ومنشأ المسؤولية في هذه الحالة هو الإساءة وهي فعل ضار ، فهي مسئولية عن عيب جنحة ، وليست مسئولية تعاقدية منشؤها الإخلال بقده » . (الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ م ٥٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

والذى يمكن تقريره في هذا الشأن ، باعتبار أن القضاء قد استقر عليه ، هو ما يأتى : (١) الخطبة ليست بعقد ملزم . (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض . (٣) إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الطرفين ، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وقد قررت محكمة النقض أخيراً هذه المبادئ في حكم لها جاء فيه ما يأتى : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه في أى وقت شاء ، خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحزبة في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنها مجرد وعد فعلول ، قد لزمها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فلها تكون مستوجبة التضمن على من وقت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المبرر - أفعال ضارة موجبة للتعويض (١) » .

أما الإغواء (seduction) فلا يكون سبباً في التعويض إلا إذا اصطحب بالخديعة والفساد أو اقترن بضبط أدبي (٢) . فإذا كانت ضحية الإغواء في سن تسمح بتلبر العواقب ، كان هذا سبباً في تخفيف التعويض (٣) . وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة أن تكون خلية على علم من أقاربها فلا تعويض (٤) . فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياماً بالتزام طبعي ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على المباشرة وقد قصد منه الإغواء فيكون باطلا لعدم

(١) قض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢ م ٣٠ - أظن أيضاً في هذا للمحكمة نظرية العقد للزواج ٤٨٠ .

(٢) استئناف مخطوط في ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جلزيت ٦ رقم ٢٢٩ م ٧٦ .

(٣) استئناف مخطوط في ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ م ٣٨ .

(٤) استئناف مخطوط في ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ م ٣٦٨ - وفي ٢٥ يونيو

سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤٩٨ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٢٤ .

مشروعية السبب ، وقد تقدم بيان ذلك. وقد يكون الإغواء سبباً للتعويض.
حتى لو كان الشاب قاصراً ، فإن المسؤولية هنا تقصيرية لا عقدية ، والقاصر
تجزز مسأله تقصيرياً (١).

٥٥١ - **ماتت أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري : وهناك ، عدا**
ما تقدم ، حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري توجب المسؤولية . منها
الأعمال التي تترتب عليها مسؤولية شركات المياه والغاز والنور (٢) .
ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة ، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية
(الماركات) ، أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجاري مقارب للاسم
التجاري المزااحم . وقد تقع المنافسة غير المشروعة بإغراء عمال المتجر
المزااحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر . وتقع كذلك بنشر إشاعات
كاذبة عن المتجر المزااحم ، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر ، وغير ذلك من
وسائل المنافسة غير المشروعة (٣) . ومنها الإجراءات القضائية الكيدية (٤)،

- (١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ١٢٦ -
محكمة القاهرة الكلية المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ١٧٣ ص ٦٧ .
(٢) أنظر في هذه المسألة : استئناف مخطوط في ٦ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٦ -
وفي ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ - وفي ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ -
وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٩٤ -
وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧ -
وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٠ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٩ -
وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٥٤ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ -
وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ .
(٣) أنظر الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٠ .

- (٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الالتجاء إلى القضاء رخصة لا ترتب ترميماً
(استئناف مخطوط في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٢) ، إلا إذا كان مصحوباً بسوء نية
أو بسخط جسيم (استئناف مخطوط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٤ - وفي ٢٠
نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١) - ومن الأمثلة على الإجراءات الكيدية الاستئناف
الكيدى (استئناف مخطوط في ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٥) ، والهيرس لإعادة
النظر الكيدى (استئناف مخطوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) ، ومطروحة
النقض الثالث الكيدية (استئناف مخطوط في ١٦ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٢) . وضمت
محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان في الأصل خطأ لكل مدعى عليه ، إلا أن هذا الحق يغلب
مصلحة إذا جنى الدعي عليه مضارة خصمه وتأتى في الإنكار أو غلب فيه أو تعيل به (نقض مدني =

كالدعوى والدفع الكيدية (١) ، ودعوى الإفلاس الكيدية (٢) والتفدي الكيدى (٣). ومنها المضار القاحشة للجوار (٤) . وقد ترتب

— فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (المجلة ١٤ ص ٩٣) — وقفت محكمة الاستئناف الوطنية بأن إنكار الأخت لأختها يد دعى كيداً ، فيحكم على الأخت بتعويض الضرر الذى لحق أصاب أخاها من جراء هذا الإنكار وهو الضار الذى صرفته فى سبيل إثبات وراثته ، وتزعم أيضاً بتعويض الضرر الذى لحق أصاب أخاها بسبب إنكارها (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ المراجع ٣ رقم ١٩٢) — وقفت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث الذى يصر دعوى الاستئناف فى صورة دفع فى مطروحة ضد تنفيه بزعج للملكية وبدلاً من أن يتألف برفعه دعوى استئناف مستقلة يكون مثولاً (١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) .

(١) أنظر : استئناف مختلط فى ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦٦ — وفى ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٥ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٠ — وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣ — وفى ١١ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٦٥ — وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٢ — وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥ .
(٢) استئناف مختلط فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤١ — وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٤٢ .

(٣) وبعد تنفيذ كيداً أن ينفذ الفائز على أموال مدنيه بما يزيد كثيراً على الدين ، إذا كانت هذه الأموال قبل الجزئة بحيث كان يكفى التنفيذ على بعضها (استئناف مختلط فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٩) — وبعد كذلك تنفيذاً أكيداً التنفيذ بجميع أكثر من البالغ المتبقية (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٦٧) . ويترادفان الذى ينفذ بمقتضى مثولاً عن صحة إجراءات التنفيذ ، فإذا أخفاً فيها بما يجعل الزاد بلالاً ، كان مثولاً عن قروض الراس عليه الزاد بمقتضى هذا الحكم التصيرى (استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٥ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ — وفى ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٠ — وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . كذلك الدين إذا علم أن الذى المحجوز عليه ليس ملكاً ومع ذلك يترك التنفيذ يتم وغضم الثمن الذى رسا به الزاد من دينه ، فإنه يكون مثولاً (استئناف مختلط فى ٩ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٢) . ومن الأمثلة على التنفيذ الكيدى المحيز للقضاء الكيدى (استئناف مختلط فى ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٤ — وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٢٣) ، والمحيز الإدارى الكيدى (استئناف مختلط فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ — وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٦) ، والحراسة الكيدية (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧) . ولا يترتب تنفيذ كيداً أن يوقع الدائن المحيز على محمولات المتأجر من الدين بحسن نية ولا يقدم المتأجر ما يدل على أن المحمولات له (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥) . أنظر فى حق الادعاء وحق دفع الدعوى وحق الاستعانة بوسائل التنفيذ والحفظ لذا كان استعمال هذه الرخص كيدياً إلى مصطفى مرعى بك فى الشئولية المدنية بقرة ٨٦ — بقرة ١٠٢ . (٤) ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد سمحت جداً لحق الملكية ، فقتضت

مسئولة الحكومة لأعمال تصدر من موظفيها مخالفة لقانون (١).

— ألا يجوز للملك في استعماله حق الحد بضرعك الجبل، وأن الجبل أن يطلب لئلا مضار الجوار
إنما تجاوزت الحد المأثور. فأخرج على هذا المدعى رسمه القانون على الملكية عند خروجا
على حدود الحق لا تصفا في استعماله (قرن مصفى مرعى بك في المسؤولية المدنيةقرة ١١١ —
نقرة ١١٦). وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة في هذا الصدد بأن الشركة التي تقيم مصانع
والآلات في أحياء ولكن تكون مشقة مما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط في
٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٥٧ ص ٢٤٦). وقضت أيضاً بأنه إنما نجم عن تشييد بناء ضرر للطار
الجوار، فإن صاحب البناء والمقاول والمهندس مسئولون بالتضامن عن الضرر (استئناف مختلط
في ٢٣ يناير سنة ١٩١١ م ٥٣ ص ٧٢). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إنما
أنشأت المسكينة محلة من محلات المجرى على قطعة من ألاكها أقيمت إدارتها راحة السكان
في حي ضخم للسكنى، كان هؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما
أسببهم وأصاب ألاكهم من أضرار (استئناف مصر الوطنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠
الحامدة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١). وقضت بالألا مسؤولية إنفا ببيت منزل بجانب مصانع كانت
موجودة قبل بناء المنازل (استئناف مصر الوطنية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية
٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩).

(١) ومسئولة الحكومة مسؤولية قصيرية لا تنفع للقضاء الإدارى كما فعلنا. ومن ثم لم
تقرر مبادئ خاصة بهذه المسؤولية الإدارية على قرار المبادئ التي قررناها مجلس الدولة في فرنسا
وهو مختص بنظر هذا النزاع من الأنظمة. والقضاء العادى في مصر يطبق في شأن مسؤولية
الحكومة مسؤولية قصيرية قواعد المسؤولية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة. ويسمى
ذلك بنوع خاص في رتب هذا القضاء تحميل الحكومة تبعه الأضرار العامة التي تقوم بها لخدمة
المجموع. وقد وصل مجلس الدولة في فرنسا إلى تحميل الحكومة هذه التبعه، ولا يشترط خطأ
لجبل الحكومة مشقة عن الأضرار التي تقع بسبب ما تقوم به من الأضرار العامة، وهذا ضرب
من التضامن الاجتماعي إذ يحمى المجموع الأفراد ما يلحقه من الضرر عن عمل تم لخدمة المجموع.
ونذكر بعضاً من الأحكام التي صدرت من المحاكم الوطنية في مصر في شأن مسؤولية الحكومة
مسئولة قصيرية: قضت جنائ في ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ الحامدة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٩
(مسئولة الحكومة عن أعمال موظفيها في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناصبها) —
قضت مدق في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ الحامدة ١٥ رقم ١٤٢/١ ص ٨٣ (مسئولة الحكومة عن
إجاء أجنى مجوساً مدة طويلة بفرض إصابه) — قضت مدق في ٣ يونيو سنة ١٩٢٧ بمجموعة
عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ (عدم مسؤولية الحكومة عن ضرر تحقق حصوله من مشروع علم
ما علم المشروع قد نفذ بطريقة نية: ولم ترض المحكمة العليا أن تحمل الحكومة تبعه الأضرار
العلية) — قضت مدق في ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ (مسئولة
الحكومة عن استيلائها على أرض وسواقي قبل نزع ملكيتها) — قضت مدق في ٤ ديسمبر
سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٢٨٧ (مسئولة الحكومة عن عرض وبائي في الأقطار
للروس في جوارب الشرق الالية) — قضت مدق في ٤ مارس سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٢ رقم
٣٢ ص ٦٢ (مسئولة الحكومة عن تثبيت الظاهرات وقتل شخص غير مظاهر) — قضت =

٢٤ - النصف في استعمال الحق (*)

(Abus du droit)

٥٥٢ - مسائل صوّت : قلنا أن الخطأ يكون لا في الخروج من حدود

== مدني في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٧٤ ص ٢٠٦ (مسئولة الحكومة عن ترقية سبت نعماً) - بل وقد نال الحكومة عن بلها غير الخاضع في ظل التكليف (استئناف مخطط في ٥ أبريل سنة ١٩٣٦ المحللة ١٧ رقم ٤٨٠ ص ١٩٢٩) - استئناف مصر الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحللة ٧ رقم ٣٣ ص ٥٩ (مسئولة الحكومة عن المواعيد التي تنع بعب مزلفائف السلك الجديدة : أظفر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مصر الوطنية في ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٣ المحللة ١٤ رقم ٢/٩٠ ص ١٧٥ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحللة ١٧ رقم ٥٩٠ ص ١١٨٠ - استئناف مخطط في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحللة ١٣ رقم ٣١٥ ص ٦١٠) - استئناف مصر الوطنية في ١١ مايو سنة ١٩٣١ المحللة ١٢ رقم ١٢٧ ص ٢٣٨ (تجبر وزارة الزراعة الأشجار بطريقة فنية لا يوجب مسئوليتها) - استئناف مصر الوطنية في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحللة ١٣ رقم ٣٠٦ ص ٧٢٠ (مسئولة الحكومة عن إعمال قلم المحصرين) - استئناف مصر الوطنية في ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٤ المحللة ١٥ رقم ٢/٢٦٤ ص ٥٥٨ (ضرورة عدم معارضة اللجنة اللازمة لإطلاق النار على المتظاهرين) - استئناف مصر الوطنية في ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحللة ١٥ رقم ٢/١٩٤ ص ١٩٤ (إصابة قديم شخصاً خطاً بيلار ثوري - أظفر أيضاً استئناف مخطط في ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ رقم ٥٩٦ ص ٢٠١ : عسكري يطلق البندقية قبل الإنذار) - استئناف مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحللة ١٦ رقم ١٢٣ ص ٢٩٣ (سحب رخصة آتار خالف القانون) - استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٧ المحللة ١٧ رقم ٥٩٣ ص ١١٨٥ (توضيح الأحكام عن أعمال الوفاة من الضمان كقطع جسر النيل وتصريف المياه في أرض التبر).

(*) بمنع الرابع : سأل (في مجلة الدراسات التشريعية Bull. Soc. Et. Législative

سنة ١٩٠٥ ص ٣٢٥) - جورسان في النصف في استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ - بلانيول (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ سنة ١٩٠٦ ص ٨٠) - كاسيون (Oampion) في نظرية النصف في استعمال الحقوق بروكل سنة ١٩٢٥ - جورسان في روح الحقوق وفي نيتها سنة ١٩٢٧ - بنكاز (Bonnesse) ملحق بوعدي ٣قرة ١٨٧ وما بعدها - ريبير في القواعد الأدبية في الالتزامات ٨٩ وما بعدها، والنظام القبطي ملحق ١١٧ وما بعدها - ديموج في الالتزامات ٦قرة ٦٣٤ وما بعدها - بلانيول وريبير وإسبان ١قرة ٥٧٣ وما بعدها - الرسائل : بوسك (Bosco) مونتيلي سنة ١٩٠١ - كوريسكو (Corbescu) باريس سنة ١٩٠٣ - سافتييه (Savastier) بواتيه سنة ١٩١٦ - في القانون للفرن : أحمد صفي في نظرية النصف في استعمال الحقوق في الفقه الإسلامي ليون سنة ١٩١٣ - ماركويتش (Markovitch) ليون سنة ١٩٣٦ - الدكتور السيد مصطفى السيد بك في مدى استعمال حقوق الزوجية الفاعلة سنة ١٩٣٦ - الفقه المصري : اللوز في نظرية العلة في الالتزامات للوفاء ٣٢٢ وما بعدها - مصطفى مرمي بك في المسئولية للخدمة ٣قرة ٧٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حمت أبوسنت بك ٤٥٣قرة ٤٥٣ وما بعدها - الدكتور سليمان مرمي في الفصل الفاعل ٣٧قرة ٣٧ وما بعدها .

الرخصة فحسب : ولا في الخروج عن حدود الحق فحسب ، بل أيضاً في التصف في استعمال الحق . وقلنا إن رجال الفقه في القرن الماضي كانوا لا يرون أن الشخص يجوز عليه الخطأ وهو يستعمل حقه . ولكن نظرية التصف في استعمال الحق - وما جنفور في أعماق الماضي السحيق - ما لبثت أن استقرت في العصر الحاضر ، وثبتت عليها القضاء ، وسلم بها الفقه .

فتحق نتائج هذه النظرية : (١) في تطورها التاريخي إلى أن نصل بها إلى يومنا هذا أراها مسجلة في تقنينات المئتي الجديد . (٢) ثم نبحث على أي أساس تقوم النظرية ، وبأي معيار تأخذ . (٣) ثم ننظر في حظها من التطبيق العملي في نواحي النشاط المختلفة .

١ - التطور التاريخي لنظرية التصف في استعمال الحق :

٥٥٣ - نظرية التصف في استعمال الحق نظرية قديمة : لبست نظرية

التصف في استعمال الحق بالنظرية الحديثة أو المبتدعة . بل هي نظرية قديمة عرفها الرومان . وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم ، وتشعب بها الفقه الإسلامي . ولكنها اختضت ردهاً من الزمن بعد أن ظهرت مبادئ الفردية (individualisme) . وأمنت الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ . وبقيت مخفية طوال القرن التاسع عشر ، لا تكاد تطل برأسها في بعض أحكام القضاء حتى يتذكر لها الفقهاء ، إلى أن قبض الله لها قهقريين من أعلام الفقه الفرنسي ، هما سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، ففضضا عنها الأرباب ، وأعادوا لها الجدة . فإلبث أن استقرت في الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء . ثم أخذت بها التقنينات الحديثة . وأصبحت اليوم نظرية ثابتة مستقرة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الانتقاض عليها .

٥٥٤ - النظرية في القوانين القديمة : قلنا إن القانون الروماني عرف

النظرية . يشهد بذلك ما أورده فقهاء هذا القانون من تطبيقات لها مختلفة . من ذلك أن قرر الفقيه إلبيان (Ulpian) أن من حفر بئراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق التابعة في عين الجار ، لا يكون مسئولاً عن ترويض هذا الضرر . ولكنه يكون مسئولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار . وقد توسع القانون البيطوري (droit vétérinaire) في تطبيق

النظرية ، حتى يتخفف من حدة القانون القديم وصرانته (١)

وانضلت النظرية إلى القانون الفرنسي القديم بعد إحياء دراسات القانون الروماني في المصور الوسطى . وذهب دومات (Domat) فيها يبدو إلى أن الشخص يكون متصفاً في استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله . وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضي قد يتصرف في مباشرتها فتحقق مسئوليته (٢) .

ولم يكن الفقه الإسلامي ، وهو الفقه المشجع بروح دينية سامية نهي عن التصرف وتأثر بالرفق والإحسان ، بأقل توسعاً من القانون الروماني في الأخذ بنظرية التصرف في استعمال الحق (٣) . بل إن القانون المدني الجديد قد حرص على أن ينزع في صياغة النص الذي أورده في هذه النظرية بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي ، واستمد من هذا الفقه الضوابط التي اشتمل عليها النص (٤) .

٥٥٥- الثورة الفرنسية والتفكير الفرنسي : كان هذا العهد

مشجعاً بروح الفردية كما قلنا ، ينادى بحقوق الإنسان ، ويجعل منها حقوقاً مطلقة مضمنة . فلم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان في استعمال حقه ما دام لا يتجاوز الحدود المادية لهذا الحق . فانتكست النظرية في ذلك العهد وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر . ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء . وساعد على ذلك أن مبدأ تحريم التصرف في استعمال الحق ، إذا كان قد عرف منذ القديم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم ، كان يتقصه أن يصاغ في نظرية قهية شاملة تجمع شتاته . وهذا ما اضطلع به رجال الفقه في القرن العشرين .

٥٥٦- انعكاسه النظري في العصر الحاضر : كان القضاء ثم الفقه في

(١) أبلتون في المجلة الدولية لتعليم سنة ١٩٢٤ م ١٥١ .

(٢) مقبول من ملزوم ١ قرة ٥٥٦ .

(٣) أنظر في هذا الموضوع رسالة للرحوم الأستاذ أحمد حنفي في نظرية التصرف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي - الدكتور السيد مصطفى السيد بك في مدى استعمال حقوق الزوجية .

(٤) أنظر - الذكرة الإنشائية للمدروغ السيدى لقانون المدني الجديد ١ الباب

الشمسي م ٣١ - م ٣٥ .

فرنسا الفصل في إحياء مبدأ تحريم التصرف واستعمال الحق، فصوغ المبدأ في نظرية عامة شاملة . ما لبث أن استقرت وأصبحت من أهميات النظريات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسي منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر يقرر المبدأ في كثير من الصراحة والوضوح . فهذه محكمة استئناف كولمار (Colmar) تقول في حكمها الصادر في ٢ مايو سنة ١٨٥٥ (١) ، وقد أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد من إقامتها أن يجلب النور عن جواره ، ما يأتي : «ومن حيث إن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما (en quelque sorte) حق مطلق . يبيح للمالك أن ينضع بالشيء ، وأن يستعمله وفقاً لهواه (abuser) . ولكن استعمال هذا الحق ، كاستعمال أى حق آخر ، يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جديّة مشروعة (intérêt sérieux et légitime) وأن مبادئ الأخلاق والمعادلة لتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة (malveillance) ، وقد رفضت تحت سلطان شهوة خبيثة (mauvaise passion) ، دعوى لا يبررها أيمنفعة شخصية (aucune utilité personnelle) . وهي تلحق بالغير أذى جسيماً (grave préjudice) » . وفي سنة ١٨٧١ قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الآتي : «حتى يكون ثمة عمل التعويض يجب أن يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذى الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك (pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même) » (٢) .

ولكن الفقه لم يكتف إلى هذه الملاحظات من أحكام القضاء الفرنسي إلا في أواخر القرن التاسع عشر . فكذب بعض الفقهاء في ذلك (٣) . على أن التقنين اللذين قادا الفقه في هذا الميدان ، في مسهل القرن العشرين ، هما كما قلنا

(١) - دالوز ١٨٥٦ - ٢ - ٩ .

(٢) - أنظر ملزو ١ قرة ٥٥٧ - تطبيق فرون (Féron) في سيريه ١٩٠٥ - ١٩ - ٢ .

(٣) - سبكت (Sainetalmes) في كتابه الشرائع والضمان (Responsabilité et garantie) - سوزيه (Sousie) في المجلة الاقتصادية للفرنسج والقضاء سنة ١٨٨٢ ص ٦٦٦ وما بعدها .

سالى وجوسران . واستأثر جوسران بالحلوات الأولى والأخيرة ، فوضع منذ سنة ١٩٠٥ مؤلفاً أسماه والتصف في استعمال الحقوق (De l'abus des droits) ، جمع فيه أحكام القضاء منسقة ، واستخلص منها أصول نظرية عامة في هذه المسألة ، على غرار نظرية سبقها في القانون الإدارى هى نظرية التصف في استعمال السلطة (détournement de pouvoir) (١) . ثم كتب في سنة ١٩٢٧ مؤلفاً آخر أسماه وفي روح الحقوق وفي نسيبها - النظرية المسماة بنظرية التصف في استعمال الحق (De l'esprit des droits et de leur relativité—théorie dites de l'abus des droits) ، كان أشمل المؤلفات في هذه المسألة وأكثرها وضوحاً .

ولم تسلم النظرية من خصوم . وأظهر من ناصب النظرية العداء هو پلانيول الفقيه الفرنسى المعروف . وهو يذهب إلى أن التصف في استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ، ويقول في ذلك : « ينتهى الحق حيث يبدأ التصف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تصف في استعمال حق ما ، لسبب غير قابل لأن يلخص ، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له (٢) » . وظاهر أن التقيد شكلي . إذ يكفي لرده أن نقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروجاً صريحاً عن حدود الحق ، وخروجاً عن الحق بالتصف في استعماله . ولا يعترض پلانيول على امتداد المسئولية إلى هذا النوع الثانى ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تصفاً في استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التصف في رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن في التسمية لا في الحكم . أما أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له ، فهذا لا شك فيه . ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون

(١) وقد كان القانون الإدارى طليعة لقانون المدن في نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية : نظرية التصف في استعمال الحق ونظرية المواد الطارئة ونظرية تحمل النجبة .

(٢) وهذا أصل ما كتبه پلانيول : Le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. (Planiol II n. 841).

في الوقت ذاته مخالفاً للقانون (١).

ومهما يكن من أمر فإن الفقه ، منذ صاغ نظرية التصف ونسق ما بين أجزائها ، أثار السيل للقضاء ، فصار يمشي على هدى ، وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطيرة . وهكذا أثر القضاء في الفقه ، ثم تأثر به . وما لبث المشرع الفرنسي أن سار هو أيضاً في هذا السيل ، فسجل النظرية في كثير من تشريعاته المتفرقة (٢) .

وقد أخذت النظرية مكاناً محترماً في التقنيات الحديثة ، حتى سماها القانون المدني السويسري إلى الصلح من نصوصه ، ليجعل منها نظرية عامة تمشي على جميع نواحي القانون . ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية التصرفية تذكر في المكان الذي نص فيه على هذه المسؤولية (٣) .

وانتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين في ظل القانون القديم . أما التشريع المصري فلم يكن يشتمل على نص عام في الموضوع . وإن كان قد اشتمل على بعض نصوص تطبيقية (٤) .

(١) الوجز في الطرية العامة للالتزامات المؤلف فقرة ٢٢٤ - وجاء في هذه الفقرة أيضاً ما يأتي : « أما الذين يسكرون على النظرية أن من معاييرها تلحق المانع الذي حدا بالخص على استعمال حقه على النحو الذي اختاره ، وأن المانع شيء يحسن التوس عليه في أعماق الضمير ، فينبغي أن يتجهوا إلى أن هذا القيد لا ينصب على هذه النظرية وحدها ، بل هو يتناول كل معيار شخصي في القانون . والمعايير الشخصية كثيرة . وفي كل وقت يطلب من القاضي أن يطبقها على القضية التي ترمس له ، فيبحث عن حسن النية وسوء النية ، وعن النطق للمانع المتصادم ، وعن السبب المانع كركن من أركان الالتزام ، وعن النفس والتواطؤ في الدعوى البوليصة ، وما إلى ذلك » .

(٢) أنظر في هذه التفسيرات المختقة ملزو ١ فقرة ٥٥٨ .

(٣) وهنا ما جاء في المادة الثانية من القانون المدني السويسري : « يجب على كل شخص أن يتحمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي يرسها حسن النية . أما التصف الظاهر (abus manifeste) في استعمال الحق فلا يقره القانون » . ونصت المادة ٢٢٦ من القانون الألماني على أنه « لا يجوز استعمال حق لحد الإضرار بالغير » . ونصت الفقرة الثانية من المرسوم الفرنسي الإطالي على ما يأتي : « يلزم أيضاً بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير ، بأن حازر في استعماله لحقه المأمور التي يقيما حسن النية أو العرض الذي من أجله أعطى هذا الحق » . أنظر أيضاً المادة ١٣٥ من قانون الالتزامات البولوني والفقرة الثانية من المادة ١٢٩٥ من القانون النمساوي والمادة الأولى من القانون السوفيتي .

(٤) مثل ذلك : م ٥٩/٢٨ - ٦٠ مدني قدر : « ليس للجبار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ولا على أن يسطع جزءاً من حائطه أو من الأرض التي »

ولكن القانون المدني الجديد احتفل بالنظرية ، وعنى بها عناية خاصة . فأجلها مكاناً بارزاً بين نصوصه ، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التهديدى لا المسؤولية التصديرية (١) .

== عليها الماحط المذكور . ومع ذلك ليس ذلك الماحط أن يهيمه لجرد إرادته إن كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستر ملكه بمحاطه ما لم يكن معه بناء على باعث قوى . - م ١٢٠/١١٥ من قانون المرافعات القديم : « يجوز للمحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بصيغيات في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مراقبة كان القصد منها مكيدة الخصم » .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقروع التهديدى في هذا الصدد ما بآنى : « يد أن المصروع أحل النس المالحس بقرار نظرية الصف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بينه وبين التهديدية لأن لهذه النظرية من معنى الصوم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لقاعدة العمل غير المصروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التصديرية بسبب قصور المصوم ، فهو لم يحصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدنى ، وإنما يسلط على هذه النواحي جميعاً ، بل وعلى نواحي القانون قاطبة ، فهو يجوز بأن النظرية تطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تطبق على الروابط المالية ، وأنها تسرى في شأن الحقوق العينية سريتها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تحق عند حمود القانون المالحس بل تتجاوز إلى القانون العام . ولقد أقر المصروع أن يمنع هذه النظرية وضماً عاماً ، محتجاً مثال أحدث القوانين وأنها (أنظر للادع ٢ من التقنين المدنى السويسرى ولقاعدة الأولى من التقنين المدنى السويسقى) . وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الصيغة الإسلامية لنظرية الصف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارع إن لم تنق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذهب المهدين من قضاء القرب . وإزاء ذلك حرص المصروع على أن يتنفع في صياغة النس بالقواعد التى استقرت في الفقه الإسلامى ، وهى قواعد صدر عنها التصريح المصرى في التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (للواد ٥٩/٢٨ - ٦٠ مدنى ١٢٠/١١٥ مرافعات) واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه (استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٨ م ١٨٩ - وفي ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ م ٢٤٣) . ولهذا لم ير المصروع أن ينبج على منوال التقنين السويسرى في النس على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه وبنى بالتزاماته وفقاً لما يقتضى حسن النية وأن الصف الظاهر في استعمال حق من الحقوق لا يحبه القانون . ولم ير المصروع كذلك أن يختار الصيغة التى آثرها المشرع الوفىقى إذ قضى في السادة الأولى من التقنين المدنى بأن القانون يشكل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف القرض الاقتصادى أو الاجتماعى من وجودها . وأعرض أيضاً عن الصيغة التى اختارها التقنين اللبائى (م ١٢٤) وهى لا تبدو أن تكون مزاجاً من نصوص التقنين السويسرى والتقنين الوفىقى . والواقع أن المشرع تعاضل اصطلاح «الصف» لاحتها وإلهاه وبنياً أيضاً كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة ، واستند من الفقه الإسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتل عليها النس . ومن الحق أن تستعمل الضوابط على هذا التحويجى ملائضى عناصره لئلا تسترشد ، ولا سيما أنها جميعاً =

ب- الأساس القانوني لنظرية التصف في استعمال الحق والميلار الذي تأخذه :

٥٥٧- النصوص القانونية : نصت المادة ٤ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

« من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر (١) » .

ثم نصت المادة ٥ على ما يأتي :

« يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

« (١) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير » .

« (ب) إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب

البناء مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » .

« (ج) إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها غير مشروعة (٢) » .

ولادة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء المصري من طريق الاجتهاد وعلى هذا التوضيح المشروع دستوراً لجائرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من الباطن في الصيغة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التصف واستعمال الحق ولكن دون أن يتخذ كل الفقيه بمذهب هذا الفقه . وبذلك أتبع له أن يمكن الفرقة الأخلاقية والفرقات الاجتماعية الحديثة وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرق نواحيه وأخطأ بناصر الرونة والمياعة .

(المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ١ الباب التمهيدي ص ٣١ - ص ٣٢ وس ٢٥) .

(١) تاريخ النص : لم يكن للمادة ٤ مقابل في المشروع التمهيدي . وقد اقترح في لجنة المراجعة

وضع النص الآتي : « من استعمل حقه استعمالاً جائزاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرره » ، ليقرر المبدأ العام الذي عهد للنس الثالث المجلس بالتصف في استعمال الحق ، فأقرت اللجنة النص وأصبح رقمه المادة ٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « مشروعاً » بكلمة « جائزاً » ، وفي رقم النص المادة ٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٩ - ص ٢٠٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« يصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : (١) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كان متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية (ج) إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها غير مشروعة ، أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كان استعمال الحق من شأنه أن يطل استعمال حقوق تلتزم منه بتبليلا بحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتي : « ويكون استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : (١) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا »

ويلاحظ بادىء الأمر أن القانون المدنى الجديد ، إذا كان قد أثر أن يضع هذه النصوص فى الباب التمهيدى لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التى تسود جميع نواحي القانون ، لم يرد بذلك أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانونى . فالنصف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صورنى الخطأ التصيرى على النحو الذى قلناه ، فيدخل بهذا الاعتبار فى نطاق المسئولية التصهيرية (١) .

٥٥٨ - الأساس القانونى لنظرية التمسك باستعمال الحق : فالأساس

القانونى لنظرية التمسك فى استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسئولية التصهيرية . إذ التمسك فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض . والتعويض هنا ، كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً . وليس التعويض العيني - كالتقضاء بهدم الممنعة التى تعجب النور عن الجار - بمخرجه عن نطاق المسئولية التصهيرية ، فإن التعويض العيني جائز فى الصورة الأخرى من الخطأ كما سئرى . ولا نحن فى حاجة إلى القول بأساس مستقل

= كانت الصالح التى يرى للتحقيق غاية الأهمية بحيث لا تقتلب النفع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) إذا كانت الصالح التى يرى للتحقيق غير مشروعة . ووافق مجلس التواب على المادة تحت رقم ٥ . ووافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « مشروعة » بكلمة « جائز » ، وبكى رفقاً ٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجته . (مجموعة الأعمال التصهيرية ١ ص ٢٠٠ - ص ٢١١) .

(١) وقد توافقت لجنة مراد سيد أحمد باشا طويلا المكان الذى يوضع فيه التمسك بالنصف فى استعمال الحق . فتتأهل أحد الأعضاء إلى نظرية إسالة استعمال الحق إلى هى إلا توسع فى فكرة السبل غير المشروعة ، ولهذا السبب يكون مكانها النظير فى باب الالتزامات بين تلك التى تنشأ عن السبل غير المشروعة ، وهذا هو ما أخذت به أحدث التصريحات كالشروع فى القرنى الإجمالى والقانون البولونى والقانون البنىانى . قليل رداً على ذلك إلى نطاق تطبيق مبدأ استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى كل قانون سواء فى ذلك القانون المدنى أو القانون التجارى أو قانون المرافعات أو القانون العام . فإذا كان هناك نص ينفى بطلية أن يفرج بين النصوص التمهيدية فهو ذلك المجلس لإسالة استعمال الحق . وقد أورد الطنين السوسبرى نصاً بهذا المعنى فى الباب التمهيدى (م ٢) . أما الطنين الألمانى فقد أقرد لهذا الموضوع نصاً تحت عنوان « فى استعمال الحقوق » (٢٦٦) . وإذا كانت بعض التعليقات الحديثة قد أوردت هذا النص فى باب الالتزامات فذلك إلا اضطراراً ، حيث إن هذه التعليقات إنما جاءت خاصة بالالتزامات . (مجموعة الأعمال التصهيرية ١ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤ فى الملحق) .

للتصنف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية - كما ذهب بعض الفقهاء (١) إلى ذلك - إذا نحن سلمنا بجواز الحكم بتهديد مالى في شأنه (٢) ، فإن التهديد المالى جازئ في الالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية جوازه في أى التزام آخر (٣) .

ويبقى التصنف داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى لو كان تصنفاً متصلاً بالتعاقد (٤) . فال مؤجر الذى يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تصنفاً منه تتحقق مسؤوليته التقصيرية . ويكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية كذلك من تصنف في إنهاء عقد جعل له الحق في إنهائه . كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما وكعقد الوكالة .

٥٥٩- معيار نظرية التصنف في استعمال الحق : فما هو إذن المعيار

الذى يصلح اتخاذه لنظرية التصنف في استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذى وضع للخطأ التقصيرى ، إذ التصنف ليس إلا إحدى صورته كما قدمنا . ففي استعمال الحقوق كما في إثبات الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى . فإذا هو انحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عد انحرافه خطأ يحقق مسؤوليته .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التى عددها نص القانون الجديد : (١) قصد الإضرار بالغير . (٢) رجحان الضرر على

(١) أنظر بنكاز ملحق بوردى ٣قرة ٢٣٦ - سافاتييه في تطبيقه في دالوز ١٩٢٨-١-٧٣ .

(٢) وذلك كالمسك على من أفلم حاكماً في ملكه ليجب التنوير عن جاره بمبلغ من المال يدفعه عن كل يوم يتأخر فيه عن إزالة هذا الحائط .

(٣) ملزوم ١قرة ٥٦٤ ملحق رقم ٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النفس بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد اللئولية في القانون اللئوى ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المتأصلة في المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القدعة) . فإذا كان المسك قد أسس قضاءه على تلك النظرية ، فإنه يكون قد أحمل القانون اللئوى في الدعوى لقواعد العدل والإنصاف (وكان وجه اللئوى هو أن المسك خالف المادة ٢٩ من اللائحة إذ أخذ بنظرية إساءة استعمال الحق على الرغم من صراحة نص العقد في حين أنه لا مجال للاجتهاد والاستناد إلى قواعد العدل مؤ كان النص صريحاً) (قضى مدق في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٢٥٩) .

المصلحة رجحاناً كبيراً . (٢) تحقيق مصلحة غير مشروعة . ونبحث الآن هذه الصور واحدة بعد الأخرى .

٥٦٠- **قصر الضرر بالتغير :** المبدأ هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يتدرج في المبدأ الموضوعي العام للخطأ . فإنه لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير ، بل يجب فرق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجع رجحاناً كبيراً على الضرر الذي يلحقه بالغير . قصد الإضرار بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تصفاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو التعامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير ، اعتبر هذا تصفاً ، ولو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي ، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق . ويكون تصفاً ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر غير المترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضي . فلو أن شخصاً غرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره ، كان متصفاً في استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع .

ويجب أن يثبت الضرر أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به . ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن المادية . ولا يكفي إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذي اختاره ، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد في إحداثه (١) .

(١) هو أن عضواً يظنه أرضاً لمسه ، وماله فيها ، فأصاب شخصاً آخر دون أن يقصد هذه الإصابة لا يكون فيه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة . ولا يعد هذا التصرف تصفاً ، لا باعتبار أنه يتلوى على قصد الإضرار بالغير ، ولا بأي اعتبار آخر ، إذ هو لا يمثل تحت حكم من الحالات الثلاث التي يحقق فيها القصد في استعمال الحق .

بقى أن نعالج فرضاً كثير الوقوع في العمل ، هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود القصد في إحداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك . ويتبين أن صاحب الحق لم تكن له أية مصلحة في استعمال حقه على الوجه الذي أضر فيه بالغير . ونرى أن انعدام المصلحة هنا انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر . كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية . ولكن هذه القرينة قابلة للإثبات العكس (١) .

٥٦١ - **رمحله الضرر على المصلحة ربحاناً كبيراً** : المعيار هنا موضوعي . وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسي في الخطأ . معيار السلوك المألوف للرجل العادي . فليس من المألوف أن الرجل العادي يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليفاً ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر . ويكون استعمال الشخص لحقه تصفاً ، على حد ما جاء في النص ، إذا كانت المصالح التي يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . نقول ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يفعل ذلك . ومن يفعل ، فهو إما غايب مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، وإما منطو على نية خفية يقصر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفي الحالتين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي . وارتكب خطأ يوجب مسئوليته . وقد طبق المشرع هذا المعيار ، إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدني الجديد ما يأتي : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط

(١) وقد جاء في الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وأول هذه المبادئ هو معيار استعمال الحق دون أن يحد من ذلك سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار قان استقر عليه الإسلام والمفقه الثوري والقضاء على الأخذ به . وقد أفرده التحنين الألماني المادة ٢٢٦ وهي في طلبية التصوص التفسيرية التي دعت أسس نظرية التصرف في استعمال الحق . والمجهرى في هذا الشأن هو توافق نية الإضرار ، ولو أنضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لها به . ورامى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من ابتغاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير من كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء أيضاً على تطبيق المسكوك فيه في حالة نفاذ المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة » (الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدي ١ الباب التمهيدي ص ٢٢ - ص ٢٣) .

ان يهدمه مختاراً دون عنق قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستر ملكه بالحائط (١) .

٥٦٢- عزم مشروعية المعالج التى يرمى صاحب الحق إلى تعقيبها :
والمعيار هنا هو أيضاً موضوعى ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملاً ذاتياً هو نية صاحب الحق . وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقاً له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذى يستعمل حقه فى فصل عامل لأنه التحق بتقابة من تقابات العمال ، والإدارة التى تفصل موظفاً لإرضاء لفرض شخصى أو لشهوة حزبية ، والمالك الذى يضع أسلاكاً شائكة فى حدود ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بثمان مرتفع ، ومؤجر العقار الذى يتمتع من الترخيص فى الإيجار من الباطن المشتري المصنع الذى أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لا توفياً لضرر بل سبباً وراء كسب غير مشروع ينيه من المشتري (أنظر م ٥٩٤ فقرة ثانية من القانون اللبنى الجديد) - كل هؤلاء يتصفون فى استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون من وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة (٢) .

(١) أنظر أيضاً للادين ٨٧٦ و ١٠٢٩ من القانون اللبنى الجديد . وقد جاء فى للذكرة الإيضاحية للمشروع التيميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ببها . والمعيار فى هذه الحالة ملاقى . ولكنه كثيراً ما يخضع قرينة على توافرية الإضرار بالغير . وبإسار الفقه الإسلامى فى أخذه بهذا المعيار أملاه الفقه والقضاء فى مصر وفى الدول التى يقل عدسواء . »
(للذكرة الإيضاحية للمشروع التيميدى ١ الباب التيميدى س ٣٤) .

(٢) وقد جاء فى للذكرة الإيضاحية للمشروع التيميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الأول حالة استعمال الحق استعمالاً يرى للتحقيق مصلحة غير معروعة . وتعبير المشروع فى هذا المقام خير من نص بعض القوانين على صرف الحق عن الوجبة التى شرع من أجلها . ولا تكون المصلحة غير معروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون غيب ، وإنما يحصل بها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يخلط مع النظام العام أو الآداب . وإذا كان للبيل فى هذه الحالة مادياً فى ظاهره ، إلا أن التية كثيراً ما تكون التية الأساسية التى مفة للمشروعية عن المصلحة . وأبرز تطبيق هذا للبيل مرض يتسبب لساءة الحكومة للحلالتها كالمصلح »

وقد أثر القانون الجديد هذا المعيار على معيارين آخرين شائعين في الفقه ، أحدهما معيار الغرض غير المشروع (motif illégitime) ، والثاني معيار المهدف الاجتماعي (but social) .

أما معيار الغرض غير المشروع فيتلخص في أن صاحب الحق يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا كان الغرض الذي يرى إليه غرضاً غير مشروع (١) . وظاهر أن معيار المصلحة غير المشروعة خير من معيار الغرض غير المشروع . وإذا كان كلاهما يؤدي إلى نتيجة واحدة ، فإن معيار المصلحة غير المشروعة هو تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي الذي يتطوّل عليه معيار الغرض غير المشروع . فهو إذن أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق (٢) .

ومعيار المهدف الاجتماعي يتلخص في أن الحقوق أعطاهما القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية . فكل حق له هدف اجتماعي معين . فإذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن هذا المهدف ، كان متعسفاً وحقت مسؤوليته . وعيب هذا المعيار ، بالرغم من كونه موضوعياً ، هو صعوبة تحديد المهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . أما صعوبة التحديد فلا أنه ليس من اليسر أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطاً إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتّقي به تشعب الآراء . وأما خطر التحديد فلأن المهدف الاجتماعي هو الباب الذي يفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة ، وفي هذا من الخطر ما فيه . أما معيار المصلحة غير المشروعة فهو أبعد عن التحكم ، وأدق إلى الاعتبار القانونية المألوفة (٣) .

= الوطنين لمرءاء لمرض شخصي أو شهوة حزينة (استئناف مصر الهوائر المجتعة في أول مارس سنة ١٩٢٨ المجلد ٨ ص ٧٥٠) . وأحكام الفريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأي في الفئينات الحديثة واقفه والقضاء . (للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الباب التمهيدى ص ٢٢) .

(١) أنظر جوسران ٢ فقرة ٢٩٦ .

(٢) أنظر في قد معيار الغرض غير المشروع ملزو ١ فقرة ٥٧٥ .

(٣) أنظر في قد معيار المهدف الاجتماعي ملزو ١ فقرة ٥٧٢ .

٥٦٣ - معياره في المشروع التمهيدى مذقاً في المشروع النهائى :

وقد كان المشروع التمهيدى يضيف إلى المعايير الثلاثة المتقدمة معيارين آخرين :
(١) التعارض مع مصلحة عامة جوهرية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «والمعيار الثانى قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية . وهذا معيار ما دى استقاء المشروع من الفقه الإسلامى . وقتنه المجلة من قبل إذ نصت في المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضاً المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة . كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة في خصها لا تقف عند حدود هذه التطبيقات . فهي مجرد أمثلة تخمل التوسع والقياس (١) . ويتبين من ذلك أن المعيار هنا أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة . من أن يكون معياراً يتخذ القاضى للتطبيق العملى في الأحكام اليومية . وقد حذف في المشروع النهائى كما قلنا .

(٢) التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف . فقد كان نص المشروع التمهيدى يجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تعارض معه تعطيلاً يحول دون استمنا على الوجه المألوف » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :

«والثالثة حالة استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تعارض معه تعطيلاً يحول دون استمنا على الوجه المألوف . والمعيار في هذه الحالة مادى . وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار ، إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، أو يجعل منه صورة لمجازة حدود الحق يطلق عليها اسم الإفراط . إلا أن الفقه الإسلامى يخصصه بكيان مستقل . والقضاء في

(١) للذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الباب التمهيدى س ٢٢ - مجموعة الأعمال الضمنية ١ ص ٢٠٩ .

مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامي (القطارين الجزئية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٨٣ - استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨). وكانت المجلة قد قننت هذا الفقه ففضت في المادة ١١٩٨ بأن: «كل أحد له التعلل على حائط الملك وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً». وعرفت الضرر الفاحش في المادة ١١٩٩ بأنه: «كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالكسب أو يضر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب إهدامه». وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة في المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢. وقد جرى القضاء المصري منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادئ. ولا سيما فيما يتعلق بصلاحيات الجوار. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن «الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تنفد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسم بالجوار... ويدخل في ذلك كل فعل يمنع الجوار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه». وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها (١). ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثانى ليس إلا المعيار الذى يطبق في حقوق الجوار. وهو معيار «الضرر الفاحش». وقد جُذِفَ في المشروع النهائي لأن مضار الجوار في القانون المدق الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق. فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً في استعمال الحق. بل هو خروج عن حدود الحق. وقد رأينا ذلك فيما تقدم (٢).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٢٤ - مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢١٠.

(٢) أنظر آخراً ص ٥٥١ - هذا وقد كان نفس المجلس ينصف في استعمال الحق على مناقشات مسبهة في لجنة مراد سيد أحمد باشا وكابل صدق باشا. وقد أقرت لجنة مراد سيد أحمد باشا النص الآتى: «لا يسمح باستعمال الحق إذا تجاوز الحدود التى عليها حسن النية أو يجررها الترس الذى من أجله وجد هذا الحق». وفي لجنة كابل صدق باشا اقترح النص الآتى: «لا يكون استعمال الحق مشروعاً إذا تجاوز الحدود التى يقتضيها حسن النية أو الترضى الذى من أجله تقرر هذا الحق». وذكر أن هذا النص يكاد يردد حريفاً ما جاءه بالمادة ٧٤ صقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٢٥ من القانون البولونى والمادة ١٢٤ من القانون البنىائى. وقال أ. أعضاء اللجنة إنه يبدو من مقالة وجهات النظر جلياً أن نظرية إساءة استعمال الحق تخضع لاعتبارين أساسيين: أحدهما نفسى وهو نية التدليس التى تصرف السل للمشروع إلى قصد واحد هو الإضرار بالتبعية والثانى مادى يواجه الضرر المنسب

٥٦٤- معايير التصف ومعايير الخطأ : ويتبين مما تقدم أن للتصف

في استعمال الحق على الوضع الذي جاء به القانون المدني الجديد معايير ثلاثة .
نية الإضرار ، ورجحان الضرر ، والمصلحة غير المشروعة .

ونية الإضرار هي المقابلة للخطأ العدلى . ورجحان الضرر هو المقابل للخطأ الجسيم . والمصلحة غير المشروعة هي المقابلة للخطأ غير الجسيم .
فالعمد والخطأ الجسيم متطابقان في صورتى الخطأ : صورة التصف في استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . أما الخطأ غير الجسيم ، ففي الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأبناه أى انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وفى التصف في استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا في حالة واحدة هي أن يرى صاحب الحق في استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم في التصف أضيق منه في الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب في ذلك إلى نصوص القانون التي ضيقت من حدود التصف (١) . وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ

= عن مباشرة هذا السل في تطلق يجاوز الحدود المادية المرسومة له ، وقد اقترح بناء على ذلك التس التالى : لا يجوز لأحد أن يستعمل حقه دون مصلحة تعود عليه ولغير قصد الإضرار بالتبر ، فهذا التس يوفق بين الاعتبارين السابق ذكرهما ، ويضمن الشروط الأربعة المطلوبة وهي : (١) استعمال الحق . (٢) انعدام المصلحة من هذا الاستعمال . (٣) قصد الإضرار (ويتولى منه الخطأ الجسيم) . (٤) الضرر النسل . ورأى أحد الأعضاء أن من الخير عدم استحداث جديد في هذه النظرية وذلك باقتباس نس فأم في أى من التشريعات الحديثة لتجيب المحاكم الوقوع في الثغرات التي يبيها تطبيق نس جديد في مثل هذا الموضوع ، واقترح اقتباس نس المشروع الفرنسي الإيطالى . واقترح أحد الأعضاء التس التالى : « بعد مشولا كل من تجاوز حدود الفرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق » .

وتقدم أحد الأعضاء بنس آخر يجمع بين الفكرة التي عر عنها القانون الدلى الألفونسكرة استعمال الحق بطريقة متنافية لفرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق ، على النحو الآتى : « تنهى مشروعية استعمال الحق إذا كان من شأنه الإضرار بالتبر دون فائدة تعود على من يستعمله ، أو إذا كان مخالفاً صراحة لفرض الاجتماعى الذى تقرر من أجله » . ثم اقترح أخيراً الأخذ بالنس الوارد في المشروع التهاى لقانون الدلى الإيطالى وهو : « لا يسوغ لأحد أن يستعمل حقه بطريقة تتعارض والفرض الذى من أجله تقرر له هذا الحق » . فوافقت الجمعية على الأخذ بهذا النس وجهه المادة ٧ من الباب الجديد . (نقطة الأعمال التوضيحية ص ٢٠٤ - ص ٢٠٨ من المجلد) .
(١) وكان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يطبق هذه البايه ليل أن ترد في نصوص القانون الجديد . من ذلك ما اقتضته محكمة استئناف مصر الوطنية من أن نظرية الاعتراف =

في التصف هي صورة مستحدثة ، فيحسر عدم التوسع فيها .

ج - تطبيقات مختلفة لنظرية التصف في استعمال الحق

٥٦٥ - تطبيقات تشريعية وتطبيقية قضائية : تنتشر تطبيقات التصف

في استعمال الحق في جميع نواحي القانون . وبعض هذه التطبيقات وردت فيها نصوص تشريعية خاصة في القانون المدني الجديد ، قسرى عليها هذه النصوص بالذات . وبعضها كان ثمرة اجتهاد القضاء المصرى في عهد القانون المدني القديم ، ولم يخرج القضاء في تطبيقه لنظرية التصف عن المبادئ التى قدمناها . فنورد بعضاً من التطبيقات التشريعية وبعضاً من التطبيقات القضائية (١) .

٥٦٦ - تطبيقات تشريعية من نصوص القانون المدنى الجديد :

نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ على ما يأتى : « الحالة المدنية للأشخاص

= في استعمال الحق تسع بأن يكون لصاحب الحق جواز إنكاره بما يرجع لظروفه الخاصة به ، إلا إذا استخدم بمقتضى التشكيل بالتبر والتبر غرض جدى شريف يرجوه نفسه من وراء الإنكار (استئناف مصر في ٢٢ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٣) . وما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية من أنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان القرض الأساسى منه هو الإضرار بالتبر (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤) . وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فيمن استشار عمداً من بين الطرق القانونية الوثائية لما يضر منها بالتبر من غير أية تأملة بمنجها ، فإنه يبنى استعمال حقه ويقرم بالتعويض (استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٣٣ ص ١٩٨) . وما قضت به هذه المحكمة أيضاً من أن التصف في استعمال الحق عمل غير مشروع ، لما لأنه قد تم بمقتضى الإضرار بالتبر ، ولما لأنه انحرف عن النورس الذى أعطى الحق من أجله ، ولما لأنه ألحق بالتبر ضرراً جسيماً (استئناف مختلط في ٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥) . هذا وجزاء التصف في استعمال الحق يظل أن يكون تبرعاً تهدياً . وقد يكون تبرعاً عيبياً ، لما يلزمه الضرر بعد أن وقع (عدم المائط حتى يجب التور سلا) ، ولما يمنع الضرر أن يقع (كما إذا كان في التنفيذ المبني لإرهاق الدين ، ونفس الدين في نطالبة بهذا التنفيذ في غير مصلحة جديده ، فإنه يمنع من ذلك وغرض عليه أن يقتصر على توفيق حتى : م ٢٠٣ طرة ٢) . وسنرى أمثلة أخرى في التطبيقات التشريعية للتصف .

(١) هذا وكثيراً ما تختلط تطبيقات التصف في استعمال الحق بتطبيقات الخروج عن حدود الحق أو الإخضاع . وقد سبق أن بينا الفرق ما بين الرضين .

وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي يقيمون إليها يجنسيتهم . ومع ذلك في التصرفات المالية التي تعقد في مصر ، وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان ناقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تمييزه ، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته ، فناقص الأهلية هنا إذا طلب إبطال العقد يكون متمسكاً ، فيرد عليه قصده ، ويحرم من الحق في إبطال العقد ، ولا يؤثر هذا السبب الخفي في أهليته . وجزاء التعسف هنا هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ على ما يأتي : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه التمييز الحاسمة إلى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه التمييز إذا كان الخصم متمسكاً في توجيهها » . وهنا أيضاً جزاء التعسف هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ في عقد العمل على ما يأتي : « وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تصفياً » . وجزاء التعسف هنا تعويض تقديري .

ونصت المادة ٦٩٦ في عقد العمل على ما يأتي : ١٥ - « يجوز للحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل ، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الأخير بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو في الظاهر الذي أنهى العقد . ٢ - ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملامة من المركز الذي كان يشغله لغیر ما ذنب جناه ، لا يعد عملاً تصفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل » . وجزاء التعسف هنا أيضاً تعويض تقديري .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ على ما يأتي : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عنر قوى إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط » . ويجوز أن يكون جزاء التعسف هنا هو إزالة الضرر بعد

أن وقع : فيقام الحائط الذى هدمه مالكه تصفاً من جديد .
ونصت المادة ١٠٢٩ على ما يأتى : ولما لك العقار المرتفع به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا قد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفع ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفع به ٢ . والتصف هنا فى أن يطالب مالك العقار المرتفع بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعة . والجزاء هو إزالة الضرر عيناً بإنهاء حق الارتفاق (١) .

٥٦٧ - تطبيقات قضائية : والقضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم عى بالأحكام التى تطبق نظرية التصف فى استعمال الحق فى نواح مختلفة . ونجىزى هنا بالإشارة إلى بعض منها .
من ذلك التصف فى استعمال حق الملكية ، إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير . ويؤخذ قرينة على نية الإضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق الغير . فيعتبر متصفاً المالك الذى يقيم حائطاً فى حدود ملكه يسرّ النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له (٢) . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تصف ولا تعويض (٣) . وإذا استعمل المالك حقه دون حيلة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى وأضر بالجار ضرراً بليعاً ، كان مسئولاً مثل ذلك من يبنى فى أرضه فيخالف قواعد فن البناء تقصيراً وإهمالاً فيضر بجاره (٤) . ومثل ذلك أيضاً من يقيم

-
- (١) أنظر فى تطبيقات تعريبية أخرى يتنوع فيها الجزاء : م ١٢٤ (التمسك بالتطاعى وجه جاروس مع ما يقضى به حسن النية) - م ٥١٦قرة ١ (إزالة العريك من الإبرة دون مسوغ) - م ٥٩٤ قرة ٢ (إيجار من المالك للعقار الذى انتهى به صمغ أو متجر) - م ٨١٥ (تسليم المالك للشرك) - م ١٠٢٣ (زيادة عبء حق الارتفاق) - م ١٠٢٤ - م ١٠٢٥ (تجزئة العقار المرتفع والعقار المرتفع به) - م ١٠٩٤ (إقلى حق الاختصاص إلى الحد النسبى) - م ١١٠٦ (إدارة الموهون ومن حيلزة إدارة سيئة) .
(٢) استئناف مخط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣٩ ص ٢٥٢ - وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ .
(٣) استئناف مخط فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ - وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٢ .
(٤) استئناف مخط فى ١٠ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

في ملكه مدخنة تؤذى الجار وكان يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة في مكان آخر (١) .

ومن ذلك أيضاً التصف في استعمال الحق في إنهاء العقد . فرب العمل الذي يفصل عاملاً مدفوعاً في ذلك بعامل الانتقام يكون متسبباً وتحقق مسئولية التقصيرية (٢) .

ومن ذلك أخيراً التصف في استعمال سلطة الوظيفة ، وهو ما يعرف في القانون الإداري بالتصف في استعمال السلطة (*détournement du pouvoir*) . فإذا انحرف الموظف في أعمال وظيفته عن مقضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نائية عن المصلحة العامة . كان متسبباً في استعمال السلطة وتحققت مسئولية (٣) .

المبحث الثاني

الضرر

(Le préjudice)

٥٦٨ - تمهيد الموضوع - الإصابات : الضرر هو الركن الثاني

(١) استئناف مخطط في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ الجمعية الرسمية للحاكم المختلط ١٨٨٠ .
(٢) استئناف مخطط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ١٢ ص ٤١ - وانظر أيضاً: استئناف مخطط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ - وفي ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ - وفي ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ .

(٣) نفس مدق في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٣ ص ٣ - ولقد يقع التصف في استعمال السلطة عن طريق قرار إداري يصدر من الموظف ، فيكون جليلاً ويوجب التمييز . وكل من دعوى الإنشاء ودعوى التمييز في هذه الحالة يكون من اختصاص محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، ويشترك القضاء العادي مع القضاء الإداري في الاختصاص بنظر دعوى التمييز دون دعوى الإنشاء . وقد يقع التصف في استعمال السلطة عن طريق عمل عادي ، فيوجب مسئولية كل من الموظف والحكومة مسئولية شخصية ، ودعوى المسئولية هنا من اختصاص القضاء العادي وحده .

المسئولية التقصيرية . فليس يكفي لتحقق المسئولية أن يقع خطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً (١) . وتتكلم هنا في قيام الضرر في ذاته . أما الكلام في التحويل عن الضرر فحله الفرع الخاص بآثار المسئولية .
والمضروب هو الذي يثبت وقوع الضرر به . ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها الينة والقرائن (٢) .

٥٦٩ - الضرر المادي والضرر الأدبي : وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضروب في جسمه أو في ماله ، وهو الأكثر الغالب . وقد يكون أدبياً يصيب المضروب في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها . وتتكلم في كل من هذين النوعين .

المطلب الأول

الضرر المادي

٥٧٠ - شرطاه : الضرر المادي هو إخلال بمصلحة للمضروب ذات قيمة مالية . ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً ، ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع .
فللضرر المادي إذن شرطان : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضروب . (٢) أن يكون محققاً . ونبحث كلا من هذين الشرطين .

(١) استئناف مخطط في ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ الجمعية الرسمية للحاكم المختطف ١٠ م ٤٣ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ م ١٦٤ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ م ٣٤٩ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ م ٩٣ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ م ٢٤ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ٢٩٢ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ م ٥٨ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ٢٩٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ م ١٩٩ - وفي ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤٤٣ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٧٦ - أنظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ م ٤٠٦ .

(٢) ووسائل الضرر . مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض . ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر ، وجواز التحويل عن الضرر الأدبي ، وانتقال هذا التحويل إلى الورثة ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (الدكتور سليمان مرقس في الفصل الثاني من ٣٠) .

١٥ - الإخلال بمصلحة مالية للمضروب

٥٧١- الضرر إفعلول بمعنى أو مصلحة : قد تكون المصلحة المالية

المضروب حقاً أو مجرد مصلحة مالية . ونستعرض كلا من الفرضين .

٥٧٢- الضرر إفعلول على المضروب : لكل شخص الحق في السلامة :

سلامة حياته وسلامة جسمه . فالتعدي على الحياة ضرر ، بل هو أبلغ الضرر . وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة في العلاج هو أيضاً ضرر مادي (١) .

والتعدي على المال هو إخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرق شخص منزلاً آخر ، أو قطع زراعته ، أو خرب أرضه ، أو أتلف له مالا كائنات أو عروض أو غير ذلك ، كان هذا ضرراً مادياً أصاب المضروب في حق ثابت له . وكل إخلال بحق مالى ثابت ، عيانياً كان هذا الحق أو شخصياً ، هو ضرر مادي . والأمثلة على ذلك كثيرة نجتزئ بما قلناه منها .

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول في حياته ، وعن طريق هذا الضرر أصيب بضرب أولاد المقتول بمحرماتهم من العائل ، وهذا عدا الضرر الأول الذى أصاب المقتول نفسه (٢) . والحق الذى يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً هو حقهم في النفقة قبل أبيهم (٣) . وقد يكون المضروب تبعاً دائماً للمصاب

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٥ يونية سنة ١٩١٤ التـ : ج ١ ص ٢٥١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧ - و ٧٨ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ .

(٣) ويكفى أن يكون من قد العائل له حق في النفقة لم يكن يملك بالتسل ، ذلك أن نقد العائل قد أضع عليه حقاً ثابتاً هو حقه في النفقة . أما إذا كان ليس له حق في النفقة ولكن كان يملك فعلاً ، فنرى أن الضرر الذى يترتب به في هذه الحالة يكون إخلالاً بمصلحة مالية لا إخلالاً بحق ثابت - أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادي بسبب موت زوجته لأن الزوج لا يجب له النفقة على زوجته (استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر للمدى لأن لما النفقة على زوجها ، فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا عمل اعتبار في تقدير التعويض (استئناف مختلط في ٧ =

لا بتفقة ولكن بحق آخر ، فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً بالتبعية . مثل ذلك دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصي ، وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء قتل مدينه وغوات الفرصة عليه في تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين ، فلا يكون ثمة ضرر . ذلك أن التركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه ، وإذا كانت معصرة فقد ثبت أن للمدين كان مصرأ قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت .

٥٧٣-الضرر المقتضى مصلحة المضرور : وقد يكون الضرر

إخلالاً لا بحق للمضرور ولكن بمجرد مصلحة مالية له . مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل ، فيكون المثلول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل في مصلحة مالية له إذ جعله مسئولاً عن معاش العامل ،

أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ (١٦١) . ولا يخفى الوالد تعويضاً عن ضرر مالي أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يضيق من عمل ولده (استئناف مخطط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ من ٣٢ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ١٩٥) - ولا يخل في تقدير التعويض تأنيده الوالد في تعليم ابنه للصالح فحين التعليم واجب عليه (استئناف مخطط في أول مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٧٣) - وانظر عكس ذلك استئناف مخطط في ٥ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ من ٢٢٤) .

والخفاء مضطرد في جواز المسك بصوم عن الضرر المالي الذي يصيب من قد التل (استئناف مخطط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٢٩٦ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ٢٩٢ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ١٩٢ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٣٠٢ - وفي ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٢١٨ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤١٥ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ١٨ من ٢٢٢ من ٢٩٣) . وهذا الحق ليس ميراثاً يظلم بل هو حق شخصي له ، فلا يخلو بنية التصيب في الإرث بل يظلم الضرر الذي وقع (استئناف مخطط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٢٩٦ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ٥٨) . ولا يخلو حق الصومى لل ورتة من قد التل حتى لو مات هذا ببدوخ الدعوى (استئناف مخطط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٢٩٥) . أما إذا ثبت أن أهرب للصاحب مسطورون عنه وأنه ليس بمولم فلا حق لهم في الصومى : استئناف مخطط في ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ من ٢٢٢ (بنت مفروجة) - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٢٩٦ (عقوبة تراول مينة لتطيع أن تمشي منها) - وفي ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٢١٨ (بنت مفروجة ولمشى مع زوجها وأولاد بنوا سن الرضموغون في الحكومة وممشون مع والدهم ولكنه لا يثق عليهم بل لم يثق بمأذونه) .

والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التي يصاب فيها المضرور أن يفقد عائلته دون أن يكون له حق ثابت في النفقة، وهذا بخلاف من له حق ثابت في النفقة فإن الضرر يصيبه في حق لا في مصلحة . ويقع ذلك إذا كان شخص يعول أحداً من أقاربه أو ممن يلزم به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه . فمن يحال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية - لا في حق - إذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلاً وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته ويقضي له بتعويض على هذا الأساس . كذلك الضرر الذي يصيب الخطيئة من فقد خطليها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطيئة من نفقات ومقدار ما ضاع عليها من فرصة في إنعام الزواج ، وهذا أمر يترك تقديره للقاضي (١) .

ويراعى أن المصلحة المالية التي يعد الإخلال بها ضرراً هي المصلحة المشروعة . أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض . فالخليفة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خطيلها ، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة . أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك ، لأن العلاقة فيما بينهم ، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة ، هي في ذاتها مشروعة (٢) .

٢٤ - تحقق الضرر

٥٧٤-الضرر الحال والضرر المستقبل: ويجب أن يكون الضرر محقق

الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلاً ، أو سيقع حتماً (٣) .

(١) أما المتصلون مع المصاب ، كالمالك والمصاب والمجتم ، فإن مجرد تعليلهم منه لا يكفي لتوليد مصلحة محققة يكون الإخلال بها ضرراً ، بل يجب أن يكون هناك علة بينهما وبين المصاب ، فيكون الضرر هو الإخلال بحق نشأ من هذا العلة لا بمصلحة مالية حسب (مازرو ١)قرة ٢٧٧ - ٦) .

(٢) أنظر مازرو ١ قرة ٢٧٧ - ٧ للقرة ٢٩١ .

(٣) وقد نعت محكمة النقض بأنه يجب بعض القانون لصحة طلب التعويض الذي المحكم له من المحكمة الجنائية بصيغته مدنية أن يكون الضرر للدمى ناجماً على وجه الجبن والافتقار كبدنه واقعاً ولو في المستقبل . ويجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبلغة (هذه جثا) -

مثل الضرر الذى وقع فعلاً - وهو الضرر الحال - هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف فى جسمه أو فى ماله أو فى مصلحة مالية له على النحو الذى قلناه .

ومثل الضرر الذى سيقع حتماً - وهو الضرر المستقبل - هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذى وقع فعلاً من جراء عجزه عن العمل فى الحال ، بل وعن الضرر الذى سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل فى المستقبل . فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضى وحكم به كاملاً . أما إذا كان لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولاً ، كما إذا أصيب العامل فى ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبرئ أو ستبقى . فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذى يستحقه وفقاً لأى من الفرضين يتحقق فى المستقبل . وقد يرجع عدم إمكان التقدير فى الحال إلى أن العامل سيقع عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته ، ولا يعلم أحد فى أى وقت يموت ، فيجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يعمل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى ، فيجوز للقاضى بعد أن يقدر الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير (١) . وقد أشار إلى هذه القروض

عن ١٦ يونيو سنة ١٩٤٧ الجلسة ٢٨ رقم ٢٤١ ص ٧٤٦ - وانظر أيضاً خطأ الاستثنائية فى ٤ مايو سنة ١٩١٣ الفرائع ١ رقم ٧٦ ص ٥٠ - وانظر فى القضاء الخطأ : استئناف مخطوط ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بورطون ١٧٩ رقم ٩ - وفى ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٨ - وفى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٤ ص ٢٠ - وفى ١٤ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٠ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٣ - وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ولم ٦٨ ص ١٥٥ - وفى ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٥٨ - وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ .

(١) وقد جرى القضاء فى عهد القانون القديم على هذا الوجه ، فكان يسح للضرور أن يطالب بموئناً مؤقتاً ثم يستكمل به ذلك فى دعوى نالية . وقضت محكمة النقض فى هذا الوجه بأن : إذا دخل شخص مدعياً بحق مدعى أمام محكمة الجناح طالباً أن يقضى له مبلغ بمقتضى موئناً مؤقت من الضرر الذى أصابه بغير شخص آخر ، مع حفظ الحق له فى المطالبة بالتعويض الكامل من المسئول عنه بفضية على حدة ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، فذلك لا يمتنع من المطالبة بكامله

القانون المدني الجديد . وقضى في المادة ١٧٠ بأن يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١) . وقضى في الفقرة الأولى من المادة ١٧١ بأن يعين

التعويض بعد أن يتبين لمدى الأضرار التي لحقت من الفصل الذي يطلب التعويض بسببه . وقالت المحكمة في أسباب الحكم ما يأتي : « ... أن الطعون ضد هذا كان قد تمسك في دعوى اللجنة وطلب فيها غنة جبهات تمويشاً عن المصلحة التي يطلب التعويض بسببها الآن ، فقد حدد قدر التعويض وصدته وأثبتت عمدة اللجنة له أنه إنما يطلب تمويشاً مؤقتاً (أى شيئاً بسيطاً عما يحسنه له من التعويض) محضاً يحق في طلب التعويض البكامل من المسؤولين عنه بعد أن يبين الزمن مدى الأضرار التي نشأت له من المصلحة .. كل هذا قد جتته المحكمة للطعون فيه بصوره على هذا الوضع ، وأكد أن الطعون ضد دعوى اللجنة ما كان له من حق فوضوح هذه الدعوى هو إذن غير موضوع للدعوى الأولى ، بل هو تسكك له كإلزام المحكمة للطعون فيه (نقض مدني في ٧ يولية سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ ص ٤١٥) . أنظر أيضاً في هذا الشأن : قضى مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢ - قضى جنائي في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجلد ٢٧ رقم ٤٩ ص ٩٨ - الصورة الكلية الوطنية في ١٢ سبتمبر سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٤ رقم ١٣٠ ص ٣٩٥ - استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٩٩ م ١١ ص ١٨٨ - وفي ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠ .

وقد جرت العادة عندما كان القضاء المختلط قائماً ، إذا كانت دعوى المسؤولية من اختصاصه والدعوى الجزائية من اختصاص المحاكم الوطنية ، أن يدخل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجزائية يجمع شئلي على سبيل التعويض الموقت ، ثم يرفع دعوى المسؤولية أمام المحاكم المختلطة مطالباً بصومئ كامل (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٣) .

هذا ويرى أن التعويض الموقت غير النصفة للوقت التي سيأتي ذكرها فيما على عند الكلام في تقدير التعويض .

(١) وقد جاء في الذاكرة الإيضاحية للعروع السيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « ولا بد ليتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً كما هو الشأن مثلاً في جرح لا تستعين عليه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن . فلقاضى في هذه الحالة أن يحدد تمويشاً مؤقتاً بالبحث من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يحدد النظر في قضائه بعد فترة مقبولة يتولى تحديدها . فلذا انقض الأجل المحدد أعاد النظر فيها حكم به ، وقضى للضرور بصومئ إنشائي إذا انقض الحال ذلك ، وعلى هذا سار القضاء المصري . (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٣٩٣) . ولعل في لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ في صدد الاعتراض على النص مبدأ قوة النص . لقضى ما يأتي : « إذا رأى القاضي أن الوقت غير جلي ، واحتفظ في حكمه للضرور بالرجوع بصومئ تسكيل خلال مدة بينها ، فلا يتناقى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام » . (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٣٩٤) .

القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسماً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمياً (١) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعويض .

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقفاً وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره ، ثم تكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه ، كان يكن بصر العامل الذي أصيب في عينه أو أن تؤدي إصابته إلى وفاته . فهنا يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول . ولا يمنع من ذلك قوة الشيء المقضي ، فإن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه . ولا يعتبر نزول النقد ظرفاً من شأنه أن يزيد في الضرر . فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضاً عن الضرر الذي وقع به ، وقدر الإيراد بمبلغ من النقود ، ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك ، فلا يستطيع المضرور أن يطالب بإعادة النظر في تقدير الإيراد ، ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعي فيه أن يكون كافياً لتفقة المضرور ، فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إنقاذه تبعاً لانخفاض قيمة النقد أو ارتفاعها (٢) . أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا التقدير ، ثم تكشف الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقفاً ، كان قضى للعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كلف بصره ، ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد اسرد شيئاً من قوة الإبصار ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يعاد النظر في تقدير التعويض لإنقاذه لأن هذا التقدير قد حاز قوة الشيء المقضي (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : « والأصل في التعويض أن يكون جليلاً من المال ، ومع ذلك يجوز أن تخفف سوره ، فيكون مثلاً إيراداً مرتباً يمنح للعامل بمقدار حاجته من حوادث العمل عن القيام بأوجه . ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأمياً ، أو أن يودع جليلاً كافياً لتأمين الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوف مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافي » . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٢٩٧) .

(٢) ملزو ١ فقرة ٢٢١ .

(٣) ملزو ١ فقرة ٢٢٠ .

٥٧٥- الضرر المحتمل : ويجب التمييز بين الضرر المستقبل (préj. futur) والضرر الحاضر (préj. présent)

وهو ضرر محقق يجب التعويض عنه على ما بينا - والضرر المحتمل (préj. éventuel) وهو ضرر غير محقق ، قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجبا إلا إذا وقع فعلا . مثل ذلك أن يحدث شخص بخطئه خلافا في منزل جاره ، فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل ، ويلتزم المسئول بإصلاحه ، ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدي إلى انهياره . ويتبرص صاحب المنزل حتى إذا انهزم منزله فعلا بسبب هذا الخلل ، رجع على المسئول بالتعويض عن ذلك (١) .

٥٧٦- التعويض عن ثغوب الفرصة : كذلك يجب التمييز بين الضرر المحتمل - وهذا لا يعرض عنه على النحو الذي مر - وثغوب الفرصة (perte d'une chance)

ويعرض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمرا محتملا ، فإن ثغوبها أمر محقق . وعلى هذا الأساس يجب التعويض ، فإذا أهمل محضر في إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات ميعاده ، أو قصرت جهة عقدت مسابقة في إخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها ، فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المستأنف كان يكسب الاستئناف حتما لو أنه رفع في الميعاد ، أو أن المتسابق كان يفوز حتما في المسابقة لو أنه تقدم إليها ، فلا يمكن القول من جهة أخرى إن الأول كان يخسر الاستئناف حتما ، وأن الثاني كان لا يفوز حتما في المسابقة . وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوتت عليه فرصة الكسب أو الفوز . وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذي وقع . وعلى القاضي أن يقدر هذا الضرر ، بأن ينظر إلى أي حد كان الاحتمال كبيرا في كسب الاستئناف أو في الفوز في المسابقة ، ويتقضى بتعويض يعادل هذا الاحتمال . والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير ، وعلى القاضي أن يأخذ بالأحوط وأن يتوق المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة (٢) .

ومما جرى به القضاء المصري التعويض عن ثغوب فرصة النجاح في

(١) أنظر في عدم جواز التعويض عن ضرر محتمل إلا إذا وقع فعلا : استئناف مختلط في ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ م ١٢ - وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٢٧٦ .
(٢) ملزوم ١٩١٩ .

الامتحان (١) ، والتعويض عن تفويت الفرصة في كسب دعوى الشفعة (٢) ،
والتعويض عن تفويت الموظف الفرصة في الترقية إلى درجة أعلى (٣) .

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوثنية بأن يحكم لطالب الذي يحرم دون حق من الامتحان ،
بعد إعطائه القرض التي أباسها القانون ، بتعويض مناسب (مصر الكلية الوثنية في ٢٣ نوفمبر
سنة ١٩٣٠ المجلد الثاني ٥٣ ص ٤٩) .

(٢) قضى قضية ترتب على إبطال عنصر في إعلان عريضة دعوى الشفعة أن سقط الحق فيها ،
وقد قضت محكمة الاستئناف الوثنية أن ليس لها إلا أن تتحقق من الواقع التي ثبتت تولد الشفعة ،
فلا يجوز لها أن تحصل بنفسها في حقوق الأخصام في دعوى الشفعة كما كان يصل فيها لو قدم
موضوع الدعوى للمحكمة ، وإنما عليها أن تحكم بتعويض إذا ترجع فيها احتمال نجاح
الشفعية في دعواها (استئناف وطني في ٧ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٤
ص ٢٦٦) .

(٣) وقد أصدرت محكمة النقض في هذه المسألة أحكاماً متناقضة صريحة في هذا المعنى . فقضت
بأنه إذا أدخل المحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرصة الترقى بسبب
إحالة إلى اللش قبل الأوان فلا خطأ في ذلك ، فإن القول بأن الترقى من الإطلاقات التي تحكمها
الجهات الرئيسية للموظف وليس حتماً مكتسباً عليه بالدعوى أن يكون الموظف باقي يميل في الجملة .
أما إذا كانت الوزارة هي التي أحالت الموظف إلى اللش بدعى بلوغه السن بناء على قرار بلل ،
فلا مناس من إدخال تفويت الترقية على الموظف ضمن عناصر الضرر التي نشأت عن الإخلال
بمعه في البناء في الخدمة . ذلك لأن القانون لا يمنع من أن يحجب في الكسب القات الذي هو
عنصر من عناصر التعويض ما كان للضرورة يأمل الحصول عليه ما دام هذا الأمل له أسباب
محتملة (نقض مدني في أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٤ ص ١٠٧) . وقضت في
حكم ثان بأنه إذا كان المحكم قد وقف في جبر الضرر الناشئ عن خطأ عند حله القضاء للموظف
على الحكومة بالتفرق بين ساقه وصافي راتبه ، ولم يبرهنه مما فاتته من فرصة الترقى إلى رتبة
الواء التي خلت ، مستقما في ذلك إلى أن الترقية ليست حقا للموظف ولو تحققت فيه شرائط
الأهلية والمعادلة ، بل هي حق للحكومة تصرف فيه كإتشاء بلا رقيب ولا حسيب ، فإنه يكون
قد أخطأ ، إذ أن حرمانه من الفرصة التي سعت له للحصول على الترقية هي عنصر من عناصر
الضرر يتعين النظر فيه . ولقد كان يصح ما حكم له أن ذلك الضابط كان قد جلى في الخدمة
ولم ترقه الوزارة فلا ، حيث يصح القول بأن الترقى هو من الإطلاقات التي تحكمها الوزارة
ولست عليها بلا سبب . أما والوزارة قد أحالة على اللش قبل بلوغه السن بناء على قرار بلل
اتخذته في تقديره سنة ، مخالفة في ذلك لقرار آخر صحيحاً ملزماً لا يحل نقضه ، فإن هذا القول
لا يبرغ جعل تصرفها المخلط . فوق رعاية قضاء التعويض (نقض مدني في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦
مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٠ ص ٢٧٥) . وقضت في حكم ثالث بأن القانون لا يمنع من أن يدخل
في عناصر التعويض ما كان لطلابه من رجاء كسب قوته عليه العمل الضار غير المشروع .
فلما كان المحكم لم يتدبر بهذا النصر مينا قضى به من تعويض لموظف أجل للملش دون
مؤخر ، ولم يورد ذلك أسباباً من شأنها أن تبيد أن ترقية طالب التعويض كانت غير محتملة =

المطلب الثاني

الضرر الأدبي (*)

٥٧٧- تعميم الضرر الأدبي: الضرر الأدبي (dommage moral) هو

للضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله . وقد رأينا أن الضرر الذي يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مالية هو ضرر مادي . وعلى النقيض من ذلك الضرر الأدبي ، فهو لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويمكن لرجاع الضرر الأدبي إلى أحوال معينة :

١ - ضرر أدبي يصيب الجسم . فالجروح والتلف الذي يصيب الجسم والألم الذي ينجم عن ذلك وما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام ، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب المادي ، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك .

٢ - ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض . فالقذف واللبس وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة . كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هي تضرر بسمعة المصاب

== لو أنه استمر في الخطة حتى طوعه سن القاعد ، فإنه يكون متنبأ عنه في هذا الموصوف (قضى مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٨ من ٧٠٩) .
أنظر أيضاً في هذه المادة : قضى مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ من ٢٦٢ - وفي ٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ من ٣٩٠ .

(*) بعض المراجع : ويذكر في القاعدة الأدبية فقرة ١٨٦ - دوريل (Doreville) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - أشار (Ardant) رسالة من جيف سنة ١٩٠٨ - جاد (Gaud) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ - ديوا (Dufour) رسالة من ليون سنة ١٩٢٥ - جيفور (Givori) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ - ديلس (Dulac) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ - لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها - ساطييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها - ديوج ٤ فقرة ٤٠٢ وما بعدها - مازو ٩ فقرة ٢٩٢ وما بعدها - الموجز المؤمل فقرة ٣٣٠ - مصفى مرعي بك فقرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو صنت بك فقرة ٤٦٧ - فقرة ٤٦٨ - الدكتور سليمان مرعي في الفصل الأخير فقرة ٢٥ .

وتؤذى شرفه . باعتباره بين الناس (١).

٣ - ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان . فانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه ، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره ، وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن . ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي (٢) .

٤ - ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقّه . حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء .
وينبغي في جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي . كالضرر المادي . ضرراً حقيقياً غير احتمالي .

٥٧٨ - الضرر الأدبي قابل للتعويضه : والضرر الأدبي على النحو

الذي قدمناه قابل للتعويض بالمال . وقد كان قانون الروماني يقر أحوالاً كثيرة يعرض فيها عن الضرر الأدبي في كل من المسئولتين التصديرية والعقدية .

وتلاه القانون الفرنسي القديم ، فأجاز التعويض عن الضرر الأدبي . وقصر ذلك على المسئولية التصديرية دون المسئولية العقدية ، توهماً أن هذا هو حكم

(١) وما يؤيد السعة أن يقع من شخص أء مصاب بمرض خطير . وقد فنت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الأمرين فاتها من العورف التي يجب سترها حتى لو كانت معجبة ، فإذاعتها في عائل ملة وعمل جورة للتمجين يسه إلى الرضى إذا ذكرت أسهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأن يضع الرافيل في طريق حياتهن ويحكر صفوا كالحفن ، وهذا خطأ يتوجب التعويض (١٤ مارس سنة ١٩٤٩ الجلسة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) .

(٢) والإخلاق بإفاعة الثمار الدينية بضر ضرراً أدبياً . وقد فنت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تعهد مغاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تاج لها وأغرى ذلك ، ثم لم يتم إلا يرضه ، بضر الضرر متوفراً لأن الوزارة مسئولة عن إفاعة الثمار ، والتأمين الذي أخفته من التعهد يصبح خطأ مكشوباً لها كالمشرط في التعهد (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الجلسة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

القانون الروماني . وقد قلنا أن هذا القانون لا يفرق بين المسؤولين في وجوب التعويض عن الضرر الأدبي .

ونصوص القانون الفرنسي الحديث في عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي . وقد أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ منذ عهد طويل ، ووطده في أحكام كثيرة (١) أما الفقه الفرنسي فقد انقسم بادية الأمر إلى فريقين . الفريق الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبي متعذر إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض ، وحتى إذا كان قابلاً له فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير (٢) . والفريق الآخر ميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه وضرر أدبي لا يجوز فيه التعويض ، واختلفوا في وضع حد هذا التمييز . ففهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يمر إلى ضرر مادي ، ولا يعرض إلا هذا الضرر المادي وحده (٣) . فهؤلاء إذن لا يميزون تعويض الضرر الأدبي في ذاته . ومنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يترتب على جريمة جنائية (٤) . وليس هناك أساس مقبول لهذا التمييز . ومنهم من يميز التعويض في الضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار لأنه في العادة يمر إلى ضرر مادي ، ولا يميزه في الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور لأنه يتمحض ضرراً أدبياً لا يمتزج به ضرر مادي (٥) . ولكن جمهور الفقهاء في العهد الأخير يقولون يجوز

(١) ولد استمر القضاء الفرنسي على هذا المبدأ منذ حكم قديم أصدرته محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يولية سنة ١٨٣٣ (سيرة ١٨٣٣ - ١ - ٤٥٨) . وانظر أيضاً : قض فرنسي في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ دكالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٦٢ - ول ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ٣٩٩ - وفي ٢٤ يولية سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ١ - ٥٨٦ - محكمة ديميون الاستثنائية في ٢٥ يولية سنة ١٩٤٦ جازيت دي باليه ١٩٤٦ - ٢ - ٢٠٦ .

(٢) يودري ويلرد ٤ قرة ٢٨٧١ - مسلمان (Massin) رسالة من باريس سنة ١٨٩٢ - تورنيه (Tournier) رسالة من مونتيلييه سنة ١٨٩٦ - سابقين في القانون الروماني ص ٣٣ وما بعدها .

(٣) ميغال (Meyniel) في المجلة الاتحادية سنة ١٨٨٤ - إسحاق في المجلة العملية للقانون للدتي سنة ١٩٠٣ .

(٤) أوبري ورو الطبعة الخامسة جزء ٦ قرة ٤٤٥ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٨ .

(٥) مانجين (Mangin) ١ قرة ١٢٣ - لا يورد (Lahorde) في المجلة الاتحادية سنة ١٨٩٤ ص ٢٦ .

التعويض عن الضرر الأدبي (١) . أما القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض وأن تقدير التعويض فيه مستصعب فبني على لبس في فهم معنى التعويض . إذ لا يقصد بتعويض الضرر عموه ولذا أنه من الوجود . وإلا فالضرر الأدبي لا يمحى ولا يزول بتعويض مادي . ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث الضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي . فالتعويض لا تزول ، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها . وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر الأدبي . فمن أصيب في شرفه واعتباره جاز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وإن مجرد الحكم على المستول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل يرد اعتبار الضرور (٢) . ومن أصيب في عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه . والألم الذى يعيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله الضرور يرفه به عن نفسه . أما تقدير مبلغ التعويض فليس بأشد مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادى . وما على القاضى إلا أن يقرر مبلغاً يكتفى عوضاً عن الضرر الأدبي ، دون غلو في التقدير ولا إسراف .

وفي مصر استقر الفقه (٣) والقضاء (٤) على جواز التعويض عن الضرر

(١) كولان وكاجان ٢قرة ١٢٩٨ - بلانول وريبير ٢قرة ١٠١٢ وما بعدها - بلانول وريبير وإسحات ١قرة ٥٤٦ - جوسران ٢قرة ٤٤١ وما بعدها - سورفا ١قرة ٣٣ - ديجوج ٤قرة ٤٠٢ - لالو ٤قرة ١٤٩ وما بعدها - سافاتييه ٢قرة ٥٢٥ وما بعدها - جاردنيا وريتي ٢قرة ٩٥ وما بعدها - مازو ١قرة ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نشر متطوق الحكم في الصحف يكون تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الناجم عن «بروتستو» كيدى (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ١٤ م ٨٢) . وكذلك الحكم بالمصروفات (استئناف مختلط في ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ٣٥١) - أو تصحيح المكنوبة (استئناف مختلط في أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ١٤٤) . ويخفف التعويض إعمال الضرور في نشر تكذيب للغير للنسب إليه وكان هذا من حقه (استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ٢٥٣) .

(٣) الموجز للفتاوى ٢قرة ٣٣٠ - معطن مرعى بك ٢قرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت بك ٢قرة ٤٦٧ - الدكتور سليمان مرعى في الفصل الصادر ٢قرة ٢٥ .

(٤) كان القضاء الوطنى بالأمر متزهداً في تعويض الضرر الأدبي ، فقضت محكمة قضا الاستئناف بأن الشرف لا يلزم بمال (١١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الموافق ١٦ م ١١) ، وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يستحق تعويضاً أدبياً إلا من اختل نظام معيشته بسبب =

الأدبي . ثم أتى القانون المدني الجديد فأكد هذا الحكم ، إذ نص في المادة ٢٢٢ على ما يأتي :

١- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٢- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب (١) .

==موت المفرد (٤ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٤٧) ، ولكنه ما لبث أن استمر على جواز التعويض عن الضرر الأدبي : قض جنائي في ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ - وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٥ ص ١٥٦ - وفي ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٥٦ - وفي ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة القضائية عدد ١٥١ ص ٦ - استئناف وطني في ٤ يولية سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٧١ (ملج زهيد كسويش رمزي : أنظر في هذا المعنى أيضاً مصر الكلية الوطنية في ١٤ مارس سنة ١٩٤٩ الحلقة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ (تسحق الزوجة تعويضاً عن الضرر الأدبي لحير زوجها لما وهذا غير الخلف) . وفي ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١١ ص ٣٠٣ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الفرائع ٢ رقم ١٣٢ ص ١٢٢ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٢٥ - وفي ٥ فبراير سنة ١٩٢٧ الحلقة ٧ رقم ٤٩٨ ص ٨٧٣ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ الحلقة ١٢ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ الحلقة ١٢ رقم ٣١٥ ص ٦٢١ . مجلس حسي حال في ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٠٠ ص ١٨٧ . وميل القضاء الوطني ألا يجعل التعويض الأدبي سبيلاً للأتراء أو للاستقلال . وكذلك استمر القضاء المختلط على جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، على ألا يكون هناك مثلاً في تحديد التعويض وألا يكون التعويض وسيلة للاستقلال : استئناف مخطط في ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٦ - وفي ١٢ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ - وفي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جلزيت ١٨ رقم ٢٤٩ ص ٣١٨ - وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٩ - وفي ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٢ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١ - وفي ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ . ولا يجوز أن يكون التعويض عن الضرر الأدبي بمثابة عقوبة (استئناف مخطط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
« يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٢٢٨ . وفي =

وعلى هذا المبدأ استقرت التفتينات الحديثة (١) .

٥٧٩- من له من التعويض عن الضرر المادي : كل من أصيب

بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه . وقد حددنا فيما تقدم ما هو المقصود بالضرر الأدبي .

فإذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص ، وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته ، والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته (٢) .

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته . ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل باليراث - كما سرى - إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . وفي حالتنا لا يتصور شيء من ذلك . إذ الضرر الأدبي هو موت الشخص نفسه ، فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به هذا أمام القضاء .

بقي الضرر الذي يصيب ذوي الميت بطريق مباشر . وهنا عرض النص

لجنة المراجعة قل حكم المادة ٢٢٨ إلى هذا المكان وأصبح النص في المشروع النهائي على الوجه الآتي : ١٥ - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طوّل به أمام القضاء . ٢ - ويجوز بوجه خاص أن يحكم القاضي للأقارب والأزواج والأصهار بالتعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب . وأصبح رقم المادة ٢٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص - وفي لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ استبدلت اللجنة عبارة «أو طالب الدائن به أمام القضاء» بعبارة «أو طوّل به» الواردة في الفقرة الأولى . ورؤى هيئة الأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبي وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، وكان النص المروض لا يتجوز القاضي من أن يحكم بالتعويض لغير الأقارب والأصهار والأزواج وفي هذا توسع لا تحمد عقباه فضلا عن مخالفة الكبيرة لا استقرت عليه الأحكام . وأصبح رقم المادة ٢٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦ - ص ٥٦٨) .

(١) أنظر المادة ٤٧ من قانون الالتزامات والسويزي والمادة ١٣٢٧ من القانون النساوي والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي للإبطال والمادة ١٣٤ من القانون اللبناني والمادة ١٦٦ من القانون البولوني .

(٢) أنظر في هذا التمييز : استئناف مخطوط في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٤ .

إلى تحلبد من من هؤلاء يجوز الحكم له بالتعويض . فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق في المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحي وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية وهم أبوه وأمه وجدته وأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وأخوته وأخواته . ولا يعطى القاضى تعويضاً هؤلاء جميعاً إذا وجدوا ، بل يعطى التعويض لمن منهم أصابه ألم حقيقى بموت المصاب . والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبى لا عن الضرر المادى ، فهذا الضرر الأخير العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلى كما قلنا . فإذا كانت الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم ، لم يميز الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى مهما كانت دعواهم فيها أصابهم من ألم بموت المصاب . فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبى لأولاد الأخوة والأخوات ، ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ، ولا للخطيب والخطيبة ، ولا للأصدقاء مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم (١) . وظاهر أن خطة القانون الجديد في الضرر الأدبى غير خطية في الإكراه والدفاع

(١) وكان القضاء المصرى في عهد القانون المدنى القديم يحمل حلقة الأقارب أشقى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عدا الأب والأم ، كالأخوة والأخوات ، لا يجوز أن يحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٧) ، وحتى الأب الذى يهجر ابنه ولا يشكر فيه إلا عند موته للمطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى ، لا يحق له هذا الطلب (استئناف مختلط في أول يولية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٩) . أنظر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤١ — وفي ٢١ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٥ — وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٠ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٢ — وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ (الام الصغير دون الزوج أو الأب) — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — وفي ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ (لا تعويض للأخوة لألم) — وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ جلزيت ٩ رقم ٧٤ ص ١١١ (الأصول والفروع دون المواتى).

وكان المشروع الهائى تنص فيه حلقة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ المقعة على النحو الذى رأيناه ، واستندت في ذلك إلى ما استقر عليه القضاء المصرى في عهد القانون المدنى القديم (أنظر آخفاً فقرة ٥٧٨ — ومجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٨) .

الشرعي وحالة الضرورة ، حيث حصر الأتارب هنا ولم يحصرهم هناك .
ويبرر ذلك الميل إلى حصر نطاق الادعاء بوقوع ضرر أدبي ، والحد من
المخالاة في ذلك منعاً للاستغلال .

أما إذا كان المصاب لم يمت ، فتعويض ذويه عن الضرر الأدبي الذي
لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر ، وإن كان النص لم يمرض إلا
لحالة الموت وترك ما دون ذلك لتقدير القاضي . ومن الصعب أن تصور
تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبي في هذه الحالة لغير الأم والأب .

٥٨٠ - متى يمكن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي :

الأصل في التعويض عن الضرر الأدبي أنه شخصي مقصور على المضرور نفسه
فلا ينتقل إلى غيره بالمراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا
أصبحت مطالبة المضرور به محقة . وقد عرضت المادة ٢٢٢ التي تقدم
ذكرها لتحديد ذلك ، فذكرت أن انتقال حق التعويض لا يتم إلا بإحدى
طريقتين : (الأولى) أن يكون التعويض قد اتفق على مبلغه وعلى مقداره ما بين
المضرور والمسئول ، فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين
الأتين . (الثانية) أن يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور إلى القضاء
وطالب المسئول بالتعويض ، أى أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم .
أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق في التعويض إلى أحد .
فإذا مات المضرور قبل ذلك فلا ينتقل التعويض إلى ورثته ، بل يزول الحق
بموته (١) .

وكان القضاء المصري في عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا
الحكم (٢) . بل إنه تشدد في آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى ، إذا لم

(١) وقد تعدد القانون المدني الجديد في التعويض عن الضرر الأدبي من ناحيتين : ناحية
منها الحق في المطالبة به وناحية تهديد انتقاله إلى الغير .

(٢) كان القضاء المصري يفرط لانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة أن
يكون المورث قد رفع الدعوى (استئناف مخطوط في ١٧ يونيو سنة ١٩١٤ جلزت ٤ رقم
٢٠٤ م ٤٨٦ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ م ٢٢ - وفي ١٢ مارس سنة
١٩١٨ م ٣٠ م ٢٧٩) . واكفى حكم في انتقال التعويض إلى الورثة بأن يكون المني
عليه قد شكوه بأن ألقى أهله ألم الحق (بحسب سوفي في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحلة ٢
رقم ١/١١٥ م ٣٦٧) .

يوجد اتفاق ، بالمطالبة القضائية لاتصال حق التعويض ، بل يشترط صدور حكم نهائى يقرر مبدأ التعويض ويعين مقداره (١) .

المبحث الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (*)

(Le lien de causalité)

٥٨١— **الحية ركن مستقل** : علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول والضرر الذى

(١) وقد فُتت محكمة الاستئناف المختطة بأن الورثة لا ينتقل إليهم حق مورثهم فى التعويض عن الضرر الأدبى إلا إذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث إما بأشاق مقدم أو بحكم نهائى ، فإذا مات المورث فى أثناء نظر القضية أمام محكمة الاستئناف لم ينتقل حق التعويض إلى الورثة (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ س ٢٠ — وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ س ٣٦٧) .

وإذا اعتبرنا أن القضاء المصرى قد استمر فى عهده الأخير على التعوى الذى قدمناه ، فإن القانون الجديد يكون قد استعملت حكماً يقضى يجوز انتقال الحق فى التعويض إلى الورثة بمجرد رفع الدعوى فى حياة المورث دون حاجة إلى صدور حكم نهائى . فإذا وقع الضرر الأدبى قبل اتخاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، ورفضت الدعوى بعد وفاته ، ثم مات المورث قبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض ينتقل إلى الورثة بفضل الأمر القورى لقانون (offre immédiate) . وكذلك الحكم إذا رفضت الدعوى قبل اتخاذ القانون الجديد ومات المورث بعد وفاته وقبل صدور حكم نهائى . أما إذا رفضت الدعوى قبل اتخاذ القانون الجديد ومات المورث قبل اتخاذ هذا القانون أيضاً وقبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض لا ينتقل إلى الورثة ، لأن القانون القديم وفقاً لما فسره به القضاء ، هو الذى يسرى فى هذه الحالة .

(*) **بني المراجع** : مارتو (Martou) رسالتين إلى كس سنة ١٩١٤ — دمج ٤ فقرة ٣٦٥ وما بعدها — لالو فقرة ٢٤٦ وما بعدها — سافيتيه ٢ فقرة ٤٥٦ وما بعدها — بلانوي وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٨٠ و ٥٣٨ وما بعدها — وديشيو (Douchisoux) رسالتين جرينوبل سنة ١٩٣٤ — الدكتور سليمان مرقس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ والتبل الناصر فقرة ٤٦ وما بعدها — غنى وليون لازو فقرة ١٤١٧ وما بعدها — إسبن : مقال فى المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٣١٦ وما بعدها — مارتو (Marty) مقال فى المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها — اللوجز المؤلف فقرة ٢٣٣ وما بعدها — مصطفى مرقى بك فقرة ١٣٢ و ١٠٠ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٧٥ وما بعدها .

أصلب الضرر . والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية ، وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ . وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ ، كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ وتتحقق مسؤوليته على أساس تحمل النجاسة ، فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود . وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية . ويسوق أحد الفقهاء (١) لذلك مثلاً : يمس شخص لآخر سماً ، وقبل أن يسرى السم في جسم المسموم يأتي شخص ثالث فيقطعه بمسلس . فهنا خطأ هو دس السم ، وضرر هو موت المصاب ، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق المسلس لا دس السم ، فوجدنا خطأ ولم توجد السببية . ونورد مثلين آخرين يوجد فيهما الخطأ ولا توجد السببية . بعد أن يتم البيع يكشف المشتري عما عسى أن يتحمل العقار الذي اشتراه من رهون ، فيبين من الكشف أن العقار غير مرهون ، ثم يتضح أن هذا الكشف غير صحيح وأن العقار مثقل برهن ، وينزع الدائن المرهن ملكية العقار . فهنا خطأ وهو الكشف غير الصحيح ، وضرر وهو نزاع ملكية العقار ، ولكن السببية غير موجودة فإن الكشف غير الصحيح لم يظهر إلا بعد تمام البيع فلم يكن هو السبب في وقوع الضرر . شخص يقود سيارة دون رخصة ، ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب . فهنا خطأ وهو قيادة السيارة دون رخصة ، وضرر وهو إصابة أحد المارة ، ولكن الخطأ ليس هو السبب في الضرر بل هناك سبب أجنبي هو خطأ المصاب ، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية .

٥٨٢ - اتصال السببية بالضرر : وفي الأمثلة الثلاثة المتقدمة يمكن القول إن السببية قد انفصلت عن الخطأ كما رأينا . ولكن يراعى ما يأتي : أولاً - الضرر في هذه الأمثلة له سبب آخر غير الخطأ الأول . فالمرتب في المثال الأول سببه إطلاق المسلس لا دس السم ، ونزع ملكية العقار في المثال الثاني سببه الرهن لا الكشف غير الصحيح ، وإصابة المارة في المثال الثالث السبب فيه خطأ هو لا انعدام الرخصة . فالسببية إذا هي انفصلت عن الخطأ ، فلها اتصال بالضرر .

(١) مارتو (Martou) في رساله «السببية في المسؤولية المدنية» إكر سنة ١٩١٤

ثانياً - إذا كان الخطأ الأول الذى انزل عن الضرر لا يحقق أية مسؤولية ، فذلك لا لأن السببة متعلمة فحسب ، بل أيضاً لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه أى ضرر . فحيث تتعلم السببة يتعلم في الوقت ذاته الضرر . ومن ههنا الوجه يكون الضرر والسببة متلازمين .

ثالثاً - إذا قام السبب الأجنبي فإنه لا يعلم علاقة السببة وحدها ، بل هو أيضاً ينهى الالتزام القانونى الذى يقضى بعدم الإضرار بالغير والذى يعد الإخلال به هو الخطأ . ذلك أن الوفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٢٧٣) . فالسبب الأجنبي إذن لا يعلم علاقة السببة وحدها بل يعلم معها الخطأ^(١) .

٥٨٣ - استعمل السببة من الخطأ لا يظهر بوضوح إلا حيث يكون الخطأ

مفروضاً : وإذا كانت السببة مستقلة عن الخطأ ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر في جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات . ذلك أن الضرر عندنا يكلف بإثبات الخطأ ، يلجأ في العادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب في إحداث الضرر . ومن ثم فإن إثبات الخطأ يكون في الغالب إثباتاً لعلاقة السببية . فتنسب السببة وراء الخطأ ولا يتبين في وضوح أنها ركن مستقل . وإنما يتضح استقلالها في الأحوال التى تقوم فيها المسؤولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ من إثباته ، كمسئولية الحارس عن الحيوان . ففي هذه الحالة الخطأ مفروغ منه ولا يكلف الضرر إثباته . أما السببة فيمكن نفيها بإثبات السبب الأجنبي فقياً إذن يتركز التضاملاً بين المشول والمصاب . ومن ثم تبرز هي ، ويلوهر الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

٥٨٤ - خطأ الجمع : فتمت أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب في الضرر .

فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي اتعلمت السببة . وتعلم السببة أيضاً

(١) ومن هنا يصح السؤال عن الثابتة السببية لقيام السببة ركناً مستقلاً عن الضرر وعن الخطأ . وقد رأينا في مثل أنها حيث تنعدم بعدمها الضرر ، وفي مثل آخر أنها حيث تنعدم بعدمها الخطأ . فلا تنفى المسؤولية إذن لاندماج السببة وحدها ، بل تارة لاندماج الضرر وطوراً لاندماج مع الخطأ . وكان يكره أن يقال إن الضرر أو الخطأ قد اندمجا ، ومن ثم امتدت المسؤولية . ولا ينمو السببة ركناً منفرداً إلا حين الكلام في السبب المتع والجب البائن .

حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المتج : لو كان السبب المتج ولكنه لم يكن السبب المباشر .
فتبحث إذن أمرين : (١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي (٢) ثم انعدامها لأن السبب غير متج أو غير مباشر .

المطلب الأول

انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي

٥٨٥- النصوص القانونية: تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

«إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدي بين خلاف في لفظ . وأقرته لجنة المراجعة بعد تغيير كلمة «الصلاب» بكلمة «المضرور» ، وأصبح رقم المادة ١٦٩ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . وفي لجان القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول النص . وكان من رأى أحد الأعضاء أن يكون المبدأ في المسؤولية التضامنية هو افتراض الخطأ ، وتحمل النجبة ، فلا يستطيع الممثل أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . فرد عليه بأنه لا توجد جريمة تخفف كالمسؤولية مبدأ تحمل تبعة الخطأ والخطأ القروض فقط ، وإنما يجب إثبات الخطأ لقيام المسؤولية كبداء عام ، ثم ترد استثناءات على هذا المبدأ يؤخذ فيها بالخطأ القروض . وانتهت اللجنة إلى إقرار النص تحت رقم المادة ١٦٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التضامنية ٢ ص ٣٦١ - ص ٣٦٩) .

وجاء في الذاكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص والنصوص التالية ما يأتي :
«تستلزم اللزوم من ٢٣٢ إلى ٢٣٥ سلسلة متصلة المخلقات من الأحكام ، تتناول تعيين أحوال ارتفاع المسؤولية والتخفيف منها . وقد دمج الفقه على التفرقة بين أحوال ارتفاع المسؤولية لانعدام رابطة السببية كما هو الشأن في السبب الأجنبي ، وأحوال ارتفاعها بسبب انتفاء الخطأ كما يقع ذلك في حالة الدفاع الشرعي وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة . ومهما يكن من شأن هذه التفرقة فإن الأنسب من الناحية العملية أن نحدد هذه الأحوال المختلفة في صعيد واحد باعتبار أن فكرة انتفاء المسؤولية تتضمنها جميعاً . ويقع عبء إثبات الخطأ على المضرور . وتكون القرائن القضائية عادية لئلا يتقاس الغليل . بل إنه يسوغ لمن أحدث الضرر أن =

السبب الأجنبي الذى بعدم رابطة السببية هو كما يقول النهر :
 (١) القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (force majeure ou cas fortuit)
 (٢) خطأ المضرور (faute de la victime) (٣) خطأ الغير (faute d'un tiers) (٤).
 ونستعرض كلا من هذه الأسباب الثلاثة (٥) .

١٤ — القوة القاهرة أو الحادث الفجائى

٥٨٦ — القوة القاهرة والحادث الفجائى شيء واحد : قال بعض الفقهاء
 إنهما شيان مختلفان ، ولكن هؤلاء لا يفتقرون على فصل التفرقة فيما بينهما .
 فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذى يستحيل دفعه ، أما
 الحادث الفجائى فهو الحادث الذى لا يمكن توقعه . فتتوزع بينهما الخصيصة
 اللتان منفصلهما فيما يلى ، وهما استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع . ويمكن
 فى نظر هؤلاء أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن
 التوقع ، فلا يلزم اجتماع الخصيصتين .

ولا يجوز الأخذ بهذا الرأى ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً
 لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع ، ولأن الحادث الفجائى
 يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضاً مستحيل الدفع ،

== ثبت وجود السبب الأجنبي ونفى بذلك مسئولية يستمد كل قرينة عليها . وللمدعي من
 القضاء حمل أحد فى هذا الشأن . فمن رآهم أن الضرور إذا أهم قليل على المسئولية بإثبات
 الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فمن أحدث الضرر عندئذ أن يسقط القليل على علاقة
 السببية هذه بإثبات السبب الأجنبي » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨) .

(١) يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكن هذا البيان لم يرد على
 سبيل المحصر كما هو واضح من النص . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمفروض التمهيدى فى
 هذا الصدد ما يأتى : « أو يكون هذا السبب (الأجنبي) بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة —
 وليس ثمة محل للتفريق بينهما — أو خطأ وقع من الضرور أو من الغير . على أن هذا البيان
 غير وارد على سبيل المحصر . فقد يكون السبب الأجنبي عيأ لاصفاً بالقهر الخلف أو مزجاً
 ظهر للضرور » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٧٨) .

(٢) وقد رأينا فى المسئولية التقدية أن علاقة السببية تفتى أيضاً بإثبات السبب الأجنبي . وكل
 ما استدركه ق شأن السبب الأجنبي « من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من الضرور أو
 خطأ من الغير ، ينطبق فى كلتا المسئوليتين : المسئولية التقديرية والمسئولية التقدية .

ولا يمكن وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية (١).
ومن الفقهاء من يسلم بوجود اجتماع الخصيصتين . ولكن يميز في خصيصية
استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ،
أو نسبية فيوجد الحادث الفجائي (٢) . وسرى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس
صحيح ، إذ الاستحالة ، في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي ، يجب
أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر . فيجعل كلا من القوة القاهرة
والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع ، ولكن القوة
القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تحقق به المسؤولية كما صفة
أو زلزال ، والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانهجار
آلة أو انكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق
المسؤولية ، أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته (٣) .
وهذا الرأي لا يميز التسليم به أيضاً إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة ،
إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسئولاً عن الحادث الفجائي دون
القوة القاهرة .

ونرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على
أساس صحيح . لذلك نقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما ، وعلى هذا أيضاً
إجماع القضاة (٤) .

٥٨٧- الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي :

ويبقى أن نفصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة قاهرة

(١) رادوان (Madocant) (في الحوادث الفجائية والقوة القاهرة باريس سنة ١٩٢٠ م ١٧٣ وما بعدها) ولا يه (المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٠ م ١١٥) يقولان إن القوة القاهرة والحادث
الفجائي تميزان بكل أحدهما الآخر ، فالتمييز الأول يبرز خصيصية استحالة الدفع ، والتمييز الثاني
يبرز خصيصية عدم إمكان التوقع ، ولكن لا بد من اجتماع الخصيصتين معاً في الحادث حتى
تتعد السببية . ولكن هذا الرأي يجعل التمييز ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائي معطوفاً
القائمة من الناحية المالية .

(٢) كولان وكايتان الطبعة العاشرة جزء ٢ فقرة ١٢٦ .

(٣) جوسران الطبعة الثالثة جزء ٢ فقرة ٤٥١ وما بعدها .

(٤) أنظر في هذا المعنى ملزو ٢ فقرة ١٥٥٩ - فقرة ١٥٦١ ومراجع الفقه والقضاء
التي يشير إليها .

أو حادثاً فجائياً . ونص القانون يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأتهما سبب أجنبي (cause étrangère) لا يندرج تحت شخص فيه (non-imputable) . ولكن هذا الوصف في حاجة إلى التحديد . وقد رأينا فيما قلناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع (١) . فلم إمكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irrésistibilité) هما الشرطان الواجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا بد له فيه . أما العكس فغير صحيح . فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا بد له فيه ، ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع ، أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .

ونستعرض الآن كلا من الشرطين ، ثم نورد بعض التطبيقات العملية .

٥٨٨-حرم إطفاء التوقع : يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقع . فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحاله دفعه ، لم يكن قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر . فالعيار هنا موضوعي لا ذاتي . بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً .

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى . فقد يقع حادث في الماضي ، ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل ، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .

وعلم إمكان التوقع ، في المسؤولية التقديرية . يكون وقت إبرام العقد . ففي كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافياً حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ . أما في المسؤولية التصريعية فيكون علم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته (٢) .

٥٨٩-احتمال الرفع : ويجب أيضاً أن تكون القوة القاهرة أو الحادث

(١) ويندرج في شرط استحالة الدفع أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا كما سنرى .

(٢) استئناف مخطوط في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ س ٩٢ - وفي ٨ فبراير سنة

١٩١١ م ٢٢ س ١٥٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٠ س ٨١ .

لتجاني مستحيل الدفع . فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقيعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وأن تكون الاستحالة مطلقة ، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون في موقف المدين (١) . وهذا هو الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة ، فقد رأينا في نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لا مستحيلاً .

ويستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو أن تكون معنوية . فإذا استحال على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام ، كما لو كان مضياً وتعهده بإحياء حفلة غنائية فوات عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك في نفسه أثر بالغ يستحيل معه أن يقبل على الغناء . كان الحادث قوة قاهرة . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كانت هناك استحالة معنوية ، وعليه أن يحتاط في تقدير ذلك (٢) .

٥٩٠- تطبيقات عملية: ونورد هنا بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع

بين الشرطين المتقدمين فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائى . فالجرب قد تكون قوة قاهرة بما ينتجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية : ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذى يجب أن يستحيل توقيعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته من أحداث واضطرابات . فإذا هاجم العدو بلداً ، ودخلها فاتحاً ، وطرد منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعنى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة ، والتقاؤل من التزامات المقاولة ، وهكذا . وشرط ذلك كما قلنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا النزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمككه من اتخاذ احتياطات مقبولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ في جانيه يحقق مسئوليته إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سبباً في تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين في

(١) استئناف مخطط ل ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ .

(٢) ملزوم ٢ قرة ١٥٧٠ .

هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ (fait du prince) ، أو وقوع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارىء ، أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك من الحوادث ما دام شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا (١) .

وقد تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائى ، كما إذا انفجرت آلة ، أو انكسرت عجلة ، أو انزلقت السيارة فى أرض زلجة ، أو اعترضها عقبة مفاجئة ، أو بهر بصر السائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع (٢) .

وذعر حيوان على أثر وقوع صاعقة ، وانسعار الكلب ، كل هذا قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً إذا كان غير ممكن التوقع مستحيل الدفع (٣) .

٥٩١- أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى : وإذا كانت القوة القاهرة

أو الحادث الفجائى هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، ولا تتحقق المسئولية كما قلنا .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

هذا ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث

(١) ملزو ٢قرة ١٥٧٨ - قرة ١٥٨٩ .

(٢) ملزو ٢قرة ١٥٩٩ - قرة ١٦٠٥ .

(٣) ملزو ٢قرة ١٦٠٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن مسئولية الحكومة للصرة عن عدم إبعاد أحد المضرين بالحماية الكافية فى أثناء قله بجمهورية خطرة تخضع للقواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ فى جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا الخطأ والضرر الذى أصاب المضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذى سبب الضرر مباشرة فى هذه الحالة هو ما قبل من رفض رئيس البوليس المحلى إعطاء المضر قوة كافية لحماية عندما طلب ذلك ، ملام لم يثبت أن الاعتداء على المضر ، الذى كان محتاجاً بغير ما هو عنيف ، لم يكن فى هذه الظروف من المصالح تخليه (استئناف مختط فى ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٨) .

ضجائن ، ويترتب على ذلك أنه يجوز لها أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الضجائي لا يخلل المدين من التزامه . أو أن يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب (١) .

٢٩ - خطأ الضرر

٥٩٢- وضع المسألة : نتبذصورة لا محل للكلام فيها لوضوح حكمها :

ألا يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ويقع الضرر بفعل الضرر نفسه . فقد خرجنا هنا عن نطاق المسؤولية التضييرية . إذ لا يوجد أماناً مسئول . فالضرر هو الحق بنفسه الضرر ، وكان هذا بفعله . سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ .

وإنما يكون الكلام في خطأ الضرر إذا وقع من المدعى عليه خطأ ثابت أو مفروض ووقع في الوقت ذاته خطأ من الضرر ، ويراد أن تعرف أثر خطأ الضرر في مسؤولية المدعى عليه . ويشترط في هذه الحالة أن يكون ما وقع من الضرر يعتبر خطأ وأن يكون له شأن في إحداث الضرر .

أما أن يكون ما وقع من الضرر يعتبر خطأ ، فذلك لأن مجرد الفعل الذي يصدر من الضرر ولا يكون خطأ لا يصح أن يكون من شأنه أن يحمو أو يخفف من مسؤولية المدعى عليه . وإلا لاعتذر على الضرر أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دعه القطار أو السيارة قد شارك بفعله في إحداث هذا الضرر : ألم يمش في الطريق فدعته السيارة ! ألم يحاول إدراك القطار فدعسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه ، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من الضرر في مسؤولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . ويقاس الخطأ هنا بمعايره المعروف : انحراف الضرر في سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد . وكل ما قيل هناك في خطأ المسئول يقال هنا في خطأ الضرر (٢) .

(١) ملزو ٢ قرة ١٦١٥ - قرة ١٦٢١ . وانظر قرة ٦٥٤ فيما يلي .

(٢) وإذا كان المدعى عليه أن يحتج بخطأ الضرر على التحريه سنيه كان له أيضاً أن يحتج بهذا الخطأ على ورة الضرر . فإذا كان الضرر قد أخطأ ، وكان خطؤه سبباً في وقوع الحادث الذي انتهى بموته ، كان المدعى عليه أن يحتج بخطأ الضرر على ورة كان -

وأما أن يكون خطأ المضرور له شأن في إحداث الضرر ، فذلك لأن المدعى عليه إنما يحتاج به لأن له علاقة بالضرر الذي وقع ، فلو لم يكن هذا الخطأ شأن في إحداث الضرر لما كان للمدعى عليه أن يحتاج به (١) .
فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر (٢) ، وجب أن نعرف إلى أي

== يستلج أن يحتاج هذا الخطأ على المضرور عنه لو بقي حياً . هنا إذا كان الوارث يرفع دعوى الضرر باعتباره وارثاً . أما إذا خدم أميلاً في دعوى المسئولية باعتبار أنه قد أسابه ضرر مباشر من ميت للمصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه في هذه الحالة أن يحتاج عليه بخطأ المصاب إلا بالقدر الذي يستلج به الاحتجاج بخطأ الغير ، إذ أن الضرر الأصلي في الفرض الذي نحن بصدده هو الوارث ، والمصاب يعتبر من الغير بالنسبة إليه . ولكن يلاحظ أن الوارث إذا طالب بالتعويض كاملاً ، فإن المدعى عليه من حقه أن يرجع على المصاب في تركته بقدر مسئولية ، ويكون الوارث مسئولاً عن ذلك في حدود نصيبه في التركة . ويلاحظ كذلك أنه يجوز الاحتجاج على الوارث بخطئه هو ، كما لو كان للمصاب طفلاً حصته سيارة والوارث أبوه وقد أخطأ في القيام بواجبه من الرعاية لطفه بتركه أباه دون رقيب .

(١) ولا نفرض هنا إلا إذا كان للضرر قد استطاع إثبات أن الضرر ليس له إلا سبب واحد هو خطأ المدعى عليه أو استطاع المدعى عليه إثبات أن فعل الضرر هو وحده سبب الضرر . ففي الحالة الأولى يكون المدعى عليه مسئولاً عن تعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، ولا تدخل فعل الضرر أو لحظه في الضرر الذي حدث . وفي الحالة الثانية يكون فعل المضرور وحده هو السبب فيما أسابه من ضرر ، ولا تدخل لحظه المدعى عليه في هذا الضرر فلا تتحقق مسئولية أصلاً .

(٢) ومن التطبيقات القضائية لهذا الوضع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا لم ينف سائق الترام في اللحظة ومع ذلك تساق أحد الركاب على نحو غير مسوح به دون أن ينفث إليه السائق وعلى غير اعتذار ، فأصيب من جراء ذلك ، فإن السائق لا يكون مسئولاً (استئناف مختلط في ٢٣ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣) . أما إذا نزل الراكب عند تهدئة السائق السير وهو يقرب من محطة لإجبارية فإنه لا يرتكب إلا خطأ بسيطاً جداً يجه خطأ السائق إذا كان هنا بعد التهدئة لم ينف ، بل عاود السير بعد أن ترك الركاب يظنون أن هذه التهدئة أمام المحطة الإجبارية سيهيئها التوقف (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٢) . وفي قضية أخرى هذا السائق من سيره أمام محطة إجبارية ولكنه لم ينف ، وكان أحد الطلبة قد تساق بمركبة ، وأسرع السائق في السير ، فسقط الطالب بين عجلات الترام ودان في المستشفى ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركاً بين السائق الذي أسرع بعد أن أومر الناس أنه سيقف في المحطة الإجبارية وبين الطالب الذي تساق بالمركبة والتزام بهير ولو بعد تهدئة السير (استئناف مختلط في ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٧) . ولما تمت الإدارة بأعمال آخر في الطريق العام ، فحقت خدعة في عرض شارع رئيسي ، وأتى وراكب اللوتوسيك وهو يعلم بوجود الخدعة ولم يحلل السرعة ، كان هناك خطأ مشترك بين

حد يؤثر خطأ الضرور في المسؤولية التي نجمت عن خطأ المدعى عليه . وهنا يجب أن نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بقي كل من الخطأين مستقلاً عن الخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك .

٥٩٣ - استغناء أحد الخطأين للخطأ الآخر : إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذي استغرق خطأ الضرور ، كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ الضرور . أما إذا كان خطأ الضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه ، فإن مسؤولية المدعى عليه ترتفع لاتعدام رابطته السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين : الحالة الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر . والحالة الثانية إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

٥٩٤ - الحالة الأولى - أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ

المؤثر : مهما كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الآخر . فإنه لا يصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين : الصورة الأولى هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدي . والصورة الثانية هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو رضاء الضرور بما وقع عليه من الضرر وذلك في بعض الأحوال وهي قليلة .

في الصورة الأولى يكون أحد الطرفين ، المدعى عليه أو الضرور ،

== (استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٤٩) .

أنظر أيضاً : استئناف مخطوط في ١٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ١٥٧ (ماحب ماكنة طبعين كان من واجبه أن يحاط فيهم إفرزاً يوصل ما بينه وبين الطريق العام) - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ (شخص حكم عليه من محكمة غير مختصة فلم يتألف المحكم ويرجع على الناسخ ، فسلك الناسخ خطأ للمدعى في عدم استئناف المحكم) - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢١ (أعطى السكران إشارة اليد قبل الأوان ، والقتل لم تحتفظ عليه مرافقته ، خطأ مشترك) - وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السيارة وأحد القراء) .

أنظر أيضاً في تعليقات قضائية في فرنسا ملزو ٢ فترة ١٤٧١ - فترة ١٤٧٤ - ٤ .

أراد إحداث الضرر متعمداً ، أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذى أراد إحداث الضرر متعمداً ، كانت مسئوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل في إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذى يقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلاً مكثوف البصر يسير في الطريق دون قائد ، لم يجز له أن يحتاج بخطأ المضرور لتخفيف مسئوليته ، ولا يسمع منه في معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار في الطريق دون قائد وهو مكثوف البصر فيكون قد أخطأ ، ذلك أن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفاً استغله السائق في إنفاذه . أما إذا كان المضرور هو الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه ، استغرق خلق خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسئوليته المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قلنا . فلو أن شخصاً أراد الانتحار ، فانتزح فرصة أن سائقاً يسير بسرعة تجاوز الحد المأذون ، فأتى بنفسه أمام السيارة ، فهو وحده الخاطئ على نفسه ، ولا يجوز أن يحتاج - هو لو نجح أو ورنه لو مات - بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمله الانتحار هو وحده الذى يقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذ قصده (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المني عليه قصد الإضرار بنفسه ، فانتزح فرصة خطأ الماني وانتفعه وسيلة لتنفيذ ما تعمد من إلحاق الضرر بنفسه ، فلا يحصى له بتعويض (نقض) حتى في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجلد ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥ . وتعد المحكمة لو أن كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر ، كما إذا وقع صاب بمرض مستسئ طبعاً في أن يخلصه من حياته . وعندنا أنه إذا لم يستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب في هذه الحالة ، وبقي خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنف المسئولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فإنها تنفي عن طريق انتفاء الضرر ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمرض خله من حياة شعبة .

على أنه إذا استغلت نية المدعى عليه في إحداث الضرر عن نية المضرور في إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك تداخل بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه المسمى هو الذى يبقى قائماً ، وهو الذى يستغرق خطأ المضرور المسمى ، ويتعلق مسئوليته المدعى عليه كاملة .

وفي الصورة الثانية يكون المضرور قد رضى بما وقع عليه من الضرر .
ويجب بادئ الأمر أن نرسم الدائرة التي يعتبر المضرور في نطاقها راضياً
بالضرر . فرضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته لإلحاق الضرر
بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريد به .
كما يقع ذلك في المبارزة . فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن
يجرح ولكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر . وقد يعلم المضرور بالضرر
ولكنه لا يرضى به . فن اشترك في إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى
أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر
إلا بقدر ما تتطوى عليه اللعبة في العادة من أخطار . فلعب الكرة أو التنس
لا يتطوى عادة على خطر . فن اشترك فيه يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر
ولكنه لم يرض به . « والبوكس » والمصارعة تتطوى عادة على خطر ، فن
اشترك فيهما يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر وقد رضى به . وصيد البط
يعلم الصائد فيه بالضرر ولكنه لم يرض به ، أما صيد الوحوش المفترسة
فقد علم فيه الصائد بالضرر ورضى به . والذي يعتينا هنا هو أن يكون
المضرور قد رضى بالضرر ، فلا يرتفع إلى حد أن يريد به ، ولا ينزل إلى
مجرد العلم به . والمقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر نيس من شأنه أن يزيل
عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ . ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى
المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية
خطرة في غير ما ضرورة يكون غلطاً حتى لو رضى المريض بإجراء هذه
العملية . والمهندس إذا نفذ تصميماً معيناً يكون غلطاً حتى لو رضى عميله
بهذا التصميم . فرضاء المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المدعى
عليه خطأ . ولكن هل يستغرق رضاء المضرور هذا الخطأ كما استغرقه إرادة
المضرور للضرر فيما سبق لنا أن بيناه ؟ واضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين أن
يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان مقولاً في الحالة الأولى
أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه ، فليس من المقول أن يكون
مجرد رضاء المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه . فالأصل
إذن أن رضاء المضرور يترك فعل المدعى عليه كما هو ، فلا يزيل عنه صفة
الخطأ ولا يستغرقه . ويكون المدعى عليه مسئولاً عما أحدثه بخطئه من الضرر

مستولية كاملة . ولكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر يعد خطأ منه : ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك . فينظر في كل حالة هل كان المضرور مخطئاً عندما رضى بالضرر (١) . ويكون في أكثر الأحوال مخطئاً . فن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك ، أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو في حالة سكر بين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة : يكون قد رضى بالضرر وبعد رضائه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . ومن رضى بإجراء عملية تجميل خطرة بالرغم من نصيح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضى بالضرر رضائه خطأ يخفف من مسئولية الطبيب . ولكن إذا رضى بإجراء العملية مع علمه بخطورها وكان رضائه بناء على إشارة الطبيب . لم يكن هذا الرضاء خطأ ولم يكن من شأنه أن يخفف من مسئولية الطبيب . وكذلك الحكم إذا أقدم المهندس على تشييد بناء معيب وكان ذلك برضاء العميل . فإن كان الرضاء قد وقع بالرغم من نصيح المهندس كان خطأ يخفف من مسئوليته ، وإن كان قد وقع بناء على إشارة المهندس لم يكن خطأ وبقيت مسئولية المهندس كاملة . هذا وفي بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتتقضى المسئولية عن هذا لانتفاء رابطة السببية . فصاحب السفينة الذى يرضى عن بيئة يتقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشيء على صاحب المهربات (٢) . والمرأة البالغة من الرشد غير الفرة إذا اتقادت عن شهوة إلى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض (٣) . وإذا اتفق أهالى بلدين على المضاربة مآ ، ومات أحدهم في أثناء المضاربة ، فلا حق لورثته في التعويض

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه لا ينبغي أن يتعد بناء الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية . وفي حدود هذا الجواز غلب (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٥٠) . ولكن يجب أن يضاف إلى ذلك حالة ما إذا كان رضاء المضرور بالضرر بحر خطأ منه ، فتتبع في هذه الحالة قواعد الخطأ المشترك .

(٢) استئناف مخطط في ٢٢ يولية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٨ .

(٣) استئناف مخطط في ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

لأنه هو الذى عرض نفسه باختياره إلى القتل (١). وهذه الأحوال القليلة هي التي أشرنا إليها وفيها يستغرق رضاء المضرور بالضرر خطأ المدعى عليه .

٥٩٥ - الحالة الثانية - أمر الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر :

إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول ، واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذى أحدث الضرر ، وتكون مسؤولية المدعى عليه مسؤولية كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً في سيرة بها ، فنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير القزح إلى أن يأتي بحركة خاطئة التماساً للنجاة ، فأضر بنفسه . كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه ، فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب . وتحققت مسؤولية الصديق كاملة (٢) . وكذلك

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ من ١٨٣ - وأظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ من ٢١٥ (لا تمويض لأحد في حالة تخاذل طرف المصوم) - وبني سوف في ١٩ يونيو سنة ١٩٢٢ للمجلة ٣ رقم ١٦ من ٣٨ (لا تمويض في حالة تضارب فريقين وإصابة أحدهم بضربة أضعت للى موته) .

وسم ذلك فقد قضت محكمة القضا بأن كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واقتين بالنسبة إلى كل تضارب ، واقعة يكون هو فيها جانباً على غيره والأخرى يكون جنباً عليه من هذا القبيل . فن يطلب التمييز منها تطبيق على طلب قواعد المسؤولية المدنية . ويغدر التمييز بحسب جماعة خطأ غيره الثاني عنه الغير مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو في إحداث الضرر لنفسه أو تسببه فيه . ثم يقضى له بالتعويض الذي يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتبعة أن تعويض خصمه بطلب تعويضه أو وجدت أنه يبرو على تعويضه فأوقفت المقامة بين التوضيحين وقضت لخصمه بالزائد . وكل ما تجر به المحكمة من ذلك يجب يسهل في الحكم ، ولا يكفي في ذلك قول المحكمة من بداية الأمر بأنه ما دام كل فريق قد اعتمد على الآخر فقد سقط حقه في طلب التعويض على كل حال لأن هذا مخالف لقواعد المسؤولية (قضى جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ للمجلة ١٣ رقم ١٠١ من ٨١٥) . وزرى من ذلك أن محكمة القضا لم تنهب إلى أن المضاربة تنطوي على عنصر رضاء المضرور بالضرر ، بل قصر كل تضارب متدياً ونجياً عليه ، فتأخذ منه بقدر ما اعتمدى وتطلى له بقدر ما اعتمدى عليه . وإذا كان هذا صحيحاً في المضاربة بوجه عام ، إلا أن الاتفاق على المضاربة - وهو أقرب ما يكون إلى المباراة - ينطوي كما هو ظاهر على معنى رضاء المضرور بالضرر الذي قد يقع عليه .

(٢) أظر في هذا المعنى خمس مدنى في ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ من ٤٨٩ .

يكون المحكم إذا ارتكب المريض خطأ في علاج نفسه . وكان ذلك بناء على إشارة خاطئة من الطبيب . فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض إذ الخطأ الثاني ليس إلا نتيجة للخطأ الأول . فيكون الطبيب مسئولاً عن التعريض كاملاً . وهذا هو شأن الموكل بخلفه اتباعاً لتبعية خاطئة من محاميه فيستغرق خطأ المحامي خطأ الموكل لأن الخطأ الثاني هو نتيجة للخطأ الأول .

أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور . فإن خطأ المضرور هو الذي يستغرق خطأ المدعى عليه . ولا تقف إلا عند خطأ المضرور سبباً للضرر الذي وقع . فلا تتحقق مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة أحد العابرة . وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أي احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة . فقد أثبت أن الخطأ المفروض في جانبه - وهو الخطأ في الحراسة - ليس إلا نتيجة خطأ المضرور . واستغرق خطأ العابر خطأ السائق ، وانعدمت علاقة السببية ما بين خطأ السائق والضرر . فانقضت مسئولية السائق إذ اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب وفي وقوع الضرر (١) .

٥٩٦ - الخطأ المشترك : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر .

بل بقيا متميزين كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلاً ، كان للضرر سببان : خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) (٢) .

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر . إذ لولاها لما وقع هذا الضرر . ولما كان كل من المدعى عليه والمضرور مسئولاً بقدر ما أحدث من ضرر . وكان خطأ كل منهما سبباً لوقوع الضرر كله كما قدمنا ، فإن المسئولية تكون بالتساوي بينهما . ويكون المدعى عليه مسئولاً عن نصف الضرر . ويتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على المدعى عليه

(١) وقد جرى القضاء في فرنسا ، بتبعية الإثبات على السائق ، على أن يسجل السائق إثبات أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يتصلح دفعه ، فيكون هذا الخطأ بحاجة القوة القاهرة (أنظر في هذا القضاء مازو ٢ قرة ١٥٢٧ - ٢) .

(٢) الصيغ غير دقيقة ، فالخطأ ليس مشتركاً لارتكبه الاثنان معاً ، بل ما خطآن مسئولان أحدهما لارتكبه شخصاً والثاني لارتكبه الآخر (لاو قرة ٢٤٨ - مازو ٢ قرة ١٥٠٧) .

إلا بنصف الضرر (١) . ولو أن المدعى عليه شخصان لا شخص واحد ، وكاذا هما والمضروب مسئولين بالتساوي ، فإن المضروب يرجع على أي منهما بثلّي الضرر لأنه تحمل الثلث الباقي ولأن المدعى عليهما متضامنان في التلّين . وهكذا توزع المسؤولية على المدعى عليهم والمضروب على عدد الرؤوس (par part virile) . وفي هذا تطبيق خاص لقاعدة تعدد المسئولين ، فقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر » وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي تعصيب كل منهم في التعويض » . ووجه أن التطبيق خاص هنا هو أنه يوجد بين المسئولين المتعددين المضروب نفسه ، فيجب أن يدخل في الحساب عند توزيع المسؤولية ، فيتحمل نصيباً منها بالتساوي مع المسئولين المتعددين .

على أن القانون المدني الجديد لم يترك هذه المسألة الهامة دون أن يفرد لها نصاً خاصاً . فقضى في المادة ٢١٦ بأنه ويجوز للقاضي أن يقتصر مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن يخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه (٢) . فالمضروب ، طبقاً لهذا النص ، لا يتقاضى

(١) أنظر تحليلاً آخر يقرب مما تقدمت في ملزو ٢ فقرة ١٥١١ . وسرى أن القضاء يعمل لل توزيع المسؤولية بحسب جملة الخطأ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « على أنه يجوز للقاضي أن يقتصر مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن يخطئه قد اشترك في إحداث الضرر ، أو زاد فيه ، أو كان قد ساء مركز الدائن » . وقد أقرته لجنة للرجعة ، وأصبح رقم المادة ٢٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب .

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة « أو ساء مركز الدائن » ، لأنه يضمن أعمال القواعد العامة في هذه المسألة ولا سيما أن المادة التي أغفلت تدخل ضمن إحداث الضرر أو الزيادة فيه . وأصبح رقم المادة ٢١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ - ٥٤٨ - ٥٥١) .

وقد جاء في للذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسؤولية التضامنية والمسؤولية التضامنية على حد سواء . وقد هدبت الإشارة إلى أن القاضي لا يحكم بالتعويض من أهم الدلائل على أن الضرر نشأ من خطأ الدائن وحده ، وأنهت بذلك وجود الشك الأجنبي . وكما أن حق الدائن في التعويض يخلط عند اختراعه بإحداث الضرر يخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقتصر »

تعويضاً كاملاً ، بل يتحمل نصيبه في المسؤولية . ونبادر إلى ملاحظة أمرين

= تعويضاً كاملاً إذا اشترك بخطئه في إحداث هذا الضرر أو زلله فيه أوسواً مركز اللذين .
 ويقترب مقدار ما يتحمل من التعويض بوجه خلس على مبلغ وجعان نصيب اللذان أو اللذين في
 إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٣٥٤ من القانون الثاني من هذا الترتيب عناصر من عناصر
 التوجيه ، فمنعت على أنه « إذا كان خطأ للضرر نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه توقف
 قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أداءه على الظروف ، وبوجه خلس على مبلغ
 وجعان نصيب أى من الطرفين في إحداث الضرر » . وليس بمحتج لمزاء ذلك أن يرجع نصيب
 اللذان في إحداث الضرر وجعانا بغير أمر البحت في قيام الالتزام بالتعويض بأسره . وهذا هو
 المعنى الذى قصدت المادة ٢٩٤ لى استظهاره بنصها على أن « لا يمكن تعويض ما » .
 ويراعى أن رضا الضرر بالضرر الحادث لا يؤخذ لزماً عليه بوصفه خطأ يرد انقراض التعويض .
 فالتعويض الألفى لا يجمل من هذا الرضاء سبباً للانقراض (م ٢٥٤) على تعييض ما يخفى به التعييض
 الويسرى (م ٤٤ فقرة ١) في هذا الشأن . فلا ينفى أن يمتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز
 الانقراض على الإء ، من المسؤولية ، وفي حدود هذا الموقر غيب . وتعين فكرة الخطأ للشكوك
 على ضبط حدود فكرة تخارها ، هي فكرة « النتيجة الطبيعية » أو « للألوفة » لتخلف المدرك .
 فقد ترتب على هذا التخلف نتائج يتفاوت مدى بمدعا عنه ، وبذلك يفر للوقت عن حقائق
 متعلقة من الضرر لا يدرك أىها ينفى الوقوف . ومناط الحكم في هذه الحالة هو فكرة النتيجة
 الطبيعية أو المألوفة . فيعتبر من قبل النتائج الطبيعية أو المألوفة التى يجب التعويض عنها كل ضرر
 لم يكن في وسع الدائن عقلاً أن يحول دون وقوعه . ذلك أن امتناعه عن اتخاذ المصلحة المفقودة
 لخصر هذا الضرر في أضيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ ، وبمباراة أخرى يترتب على هذا الامتناع
 قيام خطأ مشترك يستتبع الانقراض من التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً . وقد طبق
 القانون الألفى تلك الفكرة نفس في المادة ٢٥٤ على وجوب انقراض التعويض بل وسقوط الحق
 فيه « إذا انحصر خطأ الضرر في عدم تنبيه المدرك إلى خطر ضرر بالغ المصلحة لم يكن يعلم به
 ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو في عدم دفع هذا الخطر أو الحد منه » . (مجموعة الأعمال
 التصديرية ٢ من ٥٤٩ - من ٥٥٠) .

هنا وقد ورد في المادة ٢١٦ أن انقراض التعويض إذا كان اللذان بخطئه قد
 زاد في إحداث الضرر . ومثل ذلك شخص يجرح في حادث ، فيهل في علاج نفسه ، فيزيد في
 الضرر (استئناف مخطوط ١٠ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٣٨٧ - وفي ٢٤ يونيو سنة
 ١٩٠٣ م ١٥ من ٣٥٩) . ومثل ذلك أيضاً حادث يصيب متزلاً فيضله غير قابل للكسب مدة
 معينة ، فيهل صاحب المنزل في إصلاحه ، وتطول من جراء ذلك المدة التى يقضى فيها المنزل غير
 صالح للكسب ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة (أنظر في هذا المعنى استئناف
 مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١٥٨) . أنظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢ أبريل
 سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٢٢٦ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ من ٥٢ - وفي ٢٣
 نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ من ٣٠ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٢٥٩ - وفي ١٤
 يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٤٢٩ - وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩١٧ جلزيت ٧ ولم ١٦٦
 من ٤٧٠ - وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ جلزيت ١٢ ولم ٢٨ من ٤٨ - وفي أول يونيو سنة

في شأن النص : أولها أنه يقول « يجوز للقاضي أن يتقص مقدار التعويض » .
ومعنى الجواز في الإقصاء احتمال ألا يتقص القاضي من التعويض شيئاً ،
ويمكن ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المدعى عليه
على النحو الذي بيناه . والأمر الثاني أن النص يقول « ولو لا يحكم بتعويض ما » ،
ويمكن ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المدعى عليه قد استغرقه خطأ المضرور
في الصور التي أسلفنا ذكرها (١) .

= سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦١ - وفي ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣ - وفي ٢٤
يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ - وفي
١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم
٢٣٩ ص ٣٠٣ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ .

ولكن الضرور لا يتحمل خطأ التقدير زيادة الضرر وعلى المثل أن يرجع على هذا التقدير .
فلذا أحدث شخص كسراً في أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ في جبراً كسراً تسبب
عنه زيادة الضرر ، فالضرور لا يكون مسئولاً عن هذا الخطأ وله أن يطعن من المثل
تويضاً عن زيادة الضرر ، والمثل أن يرجع على من وقع منه الخطأ في جبر الكسر
(استئناف مستطع في ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٦) .

(١) ونحن نعرض في غالب ما لسناء أن كلام المثل في وقوع من المثل والخطأ الذي
وقع من المضرور هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ
مترسباً في جانب أي منهما أو في جانب كليهما .

مثل الخطأ التقدير في جانب المثل أن يرتكب سبباً في رعاية أيه خطأ يلحق ضرراً
بفرض آخر . فيرجع للضرور على الأب بطلبه بتعويض الضرر على أساس خطأ مقترن في جانب
الأب . فثبت الأب خطأ في جانب المضرور ، فهل له أن يحتج بهذا الخطأ ليخلص من المسؤولية
كلها أو بعضها ؟ يستطيع الأب بإحدى الأمر أن يثبت أنه لم يخطئ في رعاية ولده ، فينفي
بنفسه الخطأ التقدير في جانبه ، ويخلص من المسؤولية بأكملها . ولكن إذا عجز الأب عن نفي
الخطأ في جانبه ، فهل له أن يحتج بما أثبتته من خطأ الضرور ؟ ما دام قد ثبت خطأ في جانب
الضرور فالضرر على أقل تقدير له سببان لا سبب واحد : خطأ الضرور الثابت وخطأ الأب
التقدير . فطبق قواعد الخطأ المشترك ، وتحم المسؤولية بين الضرور والأب . ويستطيع
الأب أن يخلص من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واهماً ولو قام
بواجب الرعاية بما ينبغي من العناية (أنظر المادة ١٧٣قرة ٣ من القانون المدني البلجيكي) .
وقد يكون الخطأ التقدير في جانب المثل لا يتحمل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة
يدهس عابراً في الطريق وثبت خطأ في جانب المضرور . هنا خطأ مشترك ، خطأ العابر
الثابت وخطأ السائق التقدير ، وتحم المسؤولية بين السائق والعابر . ويستطيع السائق أن يخلص
من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الخطأ في الحراسة ، وهو الخطأ التقدير في جانبه ، لا دخل
له في إحداث الضرر ، وأن الضرر كان لابد واهماً ولو قام بواجب في المراقبة كما ينبغي .
ومن ذلك أن يثبت أن خطأ الضرور كان لا يمكن توقيعه ولا يتحمل دفعه فيكون بمثابة القوة =

يقى أن كلا من النصين - المادة ١٦٩ والمادة ٢١٦ - يدع مجالا لقاضى أن يوزع التعويض على المسئولين المتعدين - ومن بينهم الضرور نفسه ، لا على عدد الرؤوس أى بالتساوى فيما بينهم ، بل على أساس آخر . والظاهر أن هذا الأساس الآخر هو جسامه الخطأ الذى صدر من كل من المسئولين . وفى هذا يمتشى القانون المبنى الجديد مع القضاء المصرى (١) ، والقضاء

= القاهرة ، وقد مر سلف ذلك . والله فى الصورة التى نحن بصددنا أن السائق لا يستطيع الخلاص من المسئولية بنفى الخطأ المفترض فى جانبه ، لأن الخطأ هنا لا يقبل إثبات العكس ، وهنا يختلف الصورة الأولى حيث يستطيع الأب أن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه كما قلنا . ومثل الخطأ المفترض فى جانب الضرور أن سائق السيارة ، وهو يريد أن يضاهى دعى عابر كان يسير فى الطريق دون احتياط ، يتعرف عن الجادة ويصطدم بحائط فيصاب بضرر فى الساق فى المثل هو الضرور . فهل يستطيع العابر الذى كان يسير فى الطريق دون احتياط تجنب الخطأ فى جانبه أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب السائق ؟ لا يجوز ذلك إطلاقاً ، لأن الخطأ المفترض فى جانب السائق إنما فرض لمصلحة من يعيه السائق بالضرر ، فهو خطأ مفترض فى مصلحة الضرور . والضرور هنا هو السائق كما قلنا ، فلا يجوز الخطأ المفترض ضد مصلحة . وينبى على ذلك أن المسئول ، وهو عابر الطريق ، لا يستطيع أن يحتج على السائق بخطأ مفترض ، وبلى خطأ هو - وهو عابر فى الطريق دون احتياط - السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، وتكون مسئوليته عن هذا الضرر كاملة .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئولين والضرور أن تصطدم سيارتان ولا يستطيع أحد من السائقين أن يثبت خطأ فى جانب السائق الآخر . فإذا أصيبت إحدى السيارتين دون الأخرى بالضرر ، فإن سائق السيارة غير العاية يكون مسئولاً عن هذا الضرر كاملاً ، ولا يستطيع أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب سائق السيارة العاية كما رأينا فى تقدم . أما إذا أصيبت السيارتان معاً بالضرر ، فإن كلا من السائقين يعرض السائق الآخر تسوياً كاملاً ما أصاب سيارته من الضرر ، ولا يستطيع أن يحتج عليه بخطأ مفترض فى جانبه . ولا يجوز القول بأن الخطأ المفترض فى جانب سائق يتهاوى مع الخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، فيتخلص كل منهما من المسئولية جأماً ، فإن هذا ساء أن الخطأ يفترض ضد مصلحة الضرور ، وهذا غير مستلغ كما بينا .

(أقتر فى هذا الموضوع ملزو ٢ لقرة ١٥١٥ - قرة ١٥٣٧) .

(١) وقد وضعت محكمة النقض المبدأ الذى يسر عليه القضاء المصرى فى هذا العدد فيما قضت به من أنه إذا كان الضرور قد أخطأ أيضاً ، وساء هو الآخر بخنكه فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له ، فلا يحكم له على التبر إلا بالمقدار المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق الضرور ناشئاً عن خطأين ، خنكه هو وخطأ غيره ، ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على حيلة تبة العامة لا يكون الغير ملزماً إلا بتقدير التعويض المستحق عن كل ضرر متوقفاً

= منه ما يجبان يحمله الضرور بسبب الخطأ الذي وقع منه (تخص جاني في ٢ أبريل سنة ١٩٤٥
المجلد ٢٧ رقم ٢٠٠ ص ٤٨٦) .

وقضت هذه المحكمة أيضاً قبل ذلك بأن المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) قد نصت
على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالتبرع بتعويض الضرر الذي ترتب على فعله ، فإذا كان الضرور
قد أخطأ هو الآخر وسالم في الضرر الذي أصابه ، فإن ذلك ، وإن كان يجب أن يراعى عند
تقدير التعويض الذي يطالب به الضرور ، لا يصلح أن يكون سبباً لرفع المسؤولية المدنية عن
اشتركائه في حصول الضرر . وإن كان المحك قد قضى برفض الدعوى المدنية بناء على
ما قاله من «تكاثر البعثات» ، وكان المستاد من البيانات التي أوردها أنه إنما قصد أن المحي
عليهم وقع من جانبهم ثم أيضاً خطأ في حق أنفسهم ، ولم يقصد أن الخطأ تسبب عنه أي ضرر
يلدعي عليه ، فإن هذا يكون مقضاه أن يحكم للغير عليهم بالتعويض مع مراعاة حوجة خضمهم
من المبالغة (تخص جاني في ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجلد ٢٣ رقم ٢٠٨ ص ٥١٧) . وقضت
القائرة المدنية من محكمة التخص بثل ذلك فقالت إنه وإن كان ما يركه بعض الموضوع من
إثبات مساهمة الضرور في الفعل الضار لتوزيع المسؤولية بينه هو ومن اشترك معه في إحداث
الضرر متعلقاً بهم الواقع في الدعوى ولا رقابة عليه محكمة التخص . فإن وصف الأفعال التي
وقعت من الضرور في الحادث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكييف الذي تراقبه
هذه المحكمة ، وإذا كان مجرد ركوب شخص مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق
سرعاً في سببه بها هو ما لا يعتبر في نفس الصور اشتراكاً في الخطأ الذي وقع فيه قائد السيارة ،
وإذا كان مجرد قيام هذا الراكب تحت تأثير القزح بحركة ما التماساً لتفاديه فأضر بنفسه لا يعتبر
كذلك اشتراكاً في خطأ القائد ، فإنه لا شك في أن مساهمة هذا الراكب في الحادث مع قائده
السيارة على إجراء مسابقة بها هي مما يحمله ضفتا كالتسابقين ومشاركاً معهم في خضمهم ومثولاً
عمامحمت من جراء ذلك . والأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدد يسقط فيه ما يقابل
المهدد ويعتبر ما يقابل المضمون ، فينبغي إذن أن يستدل من التعويض ما يقابل الفعل الذي سبب
به الضرور في الضرر ، ويعتبر الفعل الذي وقع منه الضرر (تخص مدني في ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩
مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٦ ص ٤٨٩) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة كذلك أن توزيع المسؤولية فيما بين الدينين التضامنين
يكون بحسب جسامه الخطأ الذي صدر من كل منهم (استئناف مختط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٢
م ٥٤ ص ١٧٢) — وأظن أيضاً : استئناف مختط في ١٨ ماي سنة ١٩٤٢ م ٣٤ ص ٤١٣)
وأحكام القضاء للصري من وطني ومختلط كثيرة في هذا الموضوع . أظن : استئناف وطني
في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ ص ٦٥ (صدمة تسببت من إعمال
في قيادة عربة وثبت أنه كان في إمكان المهي عليه منع الحادثة لو لم يكن تحت تأثير الخشيش) —
استئناف وطني في ٧ يناير سنة ١٩١٤ التراجع ١ رقم ٣٣٤ ص ١٨٦ (لحقه عمراً ثلاث
سنوات دهمها الفطار بسبب ترك السور الذي يحول بين منزل والدعاء وقضبان السكك الحديدية
مبوءة. ملاحظة فأزال العمال بسن الأعمدة لتحصير الطريق لل منازلهم : خطأ مشترك من مصلحة
السكك الحديدية ووافدى الطقة لتكها وحدها خارج للزلل) — استئناف مصر الوطنية في ٢٥

٢١ = نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاملة ٨ رقم ٢٣٥ م ٣١٥ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ الحاملة ٨ رقم ٤٩٢ م ٨٠٦ (إجمال السابق والمجني عليه) . وقد ذهب القضاء إذا كان خطأ الضرور فاحتأ إلى حد أن يجعل هذا الخطأ يستغرق خطأ المسئول : استئناف وطني في ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المحبوعة الرسمية ٩ رقم ٤٨ م ١٠٧ (شخص أصابه ضرر من معاصدة وقت إهمال مصلحة السكك الحديدية ، فرض طلب التمييز لأنه كان موجوداً خارج باب العربة في أثناء سير القطار) - استئناف وطني في أول ديسمبر سنة ١٩١٥ التبرعات ٣ رقم ٥٢ م ٢٣٣ (يمر الأهالي من غير الزلفان الذي أعدته المصلحة للجمهور قدم أحدهم القطار قتله ، فاستغرق خطأ الضرور خطأ المسئول وفرض طلب التمييز) - استئناف مختلط في ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٥٨ (تلميذ صغير عمره ٩ سنوات : لا خطأ على والده أن يتركه يذهب إلى المدرسة بمفرده) - استئناف مختلط في ٥ مارس سنة ١٩٢١ م ٤٢ م ٣٦٦ (مثل القضية السابقة) - استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ١٦٢ . خطأ مشترك لأن والده بنت صغيرة تركها في الشارع للزحف بالحركة دون رقبة) . استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ١٠٤ (التمييز الذي يطالب شحناً لليت في حالة الخطأ المشترك يكون هو أيضاً مخففاً كما لو كان لليت هو الذي يطالب شحناً بالتمييز) . أمثلة أخرى من قضاء محكمة الاستئناف المختطة : استئناف مختلط في ٢ فبراير سنة ١٨٨٧ بورطون ٢١٢ رقم ١٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٨٨٨ المحبوعة الرسمية للحاكم المختطة ١٣ م ٢٥٥ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٤٢١ م ٤٢١ - وفي ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ م ٥ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٨ المحبوعة الرسمية للحاكم المختطة ٢٣ م ٣٠٦ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ م ٢٧٦ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٣١ - وفي ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ١٣٠ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٣٧٦ - وفي ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٣٨٣ - وفي ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٦٥ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ١١٥ - وفي ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٣٢٢ .

وهناك أحكام تليها لمحاكمة الاستئناف المختطة توزع التمييز بحد الرؤوس لا بحسب جسامه الخطأ : استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ م ٣١ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ م ٥٧ . هذا ولا يكون هناك خطأ مشترك إذا كان ثمة خطأان متبزيان كل منهما أحدث أثرًا مستقلاً عن الآخر . فلذا سلم قلم الكتاب شهادة خاطئة ترتب عليها إدراج دائ في الرتبة الأولى خطأ ، فلا يجوز قلم الكتاب أن يحتج على هذا الدائن بأنه هو أيضاً أخطأ في أنه جعل فيه يحتج إلى أموال غير مملوكة له بدنه ما دام مال الدائن الأخوذ عليه القيد يكن لرفاه الدائن في الرتبة التي أدرج فيها الدائن خطأ (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٨٣) . وكذلك إذا كان خطأ الضرور ليس سبباً مباشراً في إحداث الضرر ، كما إذا عقلت عجلات عربة بشرط التزام من خطأ من السابق ، وبينهم يعلم تخليص العربة مدة ربع ساعة إذا بنام أن مسرعة غير عادية قتل السابق ، فإن سابق التزام وحده هو المسئول لا سابق العربة (استئناف مختلط في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٢٥) .

الفرنسي (١) : ونصوص التفتينات الحديثة (٢) . ولا يلجأ القاضي إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامه كل خطأ ، فمتدفع يفرض التكافؤ فيها جميعاً ، ويجرى التوزيع بالتساوى على المسؤولين ومنهم المضرور نفسه (٣) .

هذا ويمكن تطبيق القاعدة المتقدمة في حالة ما إذا كان كل من الطرفين مسئولاً ومضروباً في الوقت ذاته . كما إذا تصادمت سيارتان . فأصاب السيارة الأولى ضرر قدر بمبلغ خمسين جنياً ، وأصاب السيارة الثانية ضرر قدر بمبلغ عشرين جنياً . وثبت الخطأ في جانب كل من السائقين . أما الضرر الذي أصاب السيارة الأولى وقدره خمسون جنياً فيقسم بين السائقين بحسب جسامه الخطأ : فإذا فرض أن القاضي لم يستطع أن يبين هذه الجسامه قسم بالتساوى ، فيكون السائق الثاني مسئولاً قبل السائق الأول بمبلغ خمسة وعشرين جنياً . وأما الضرر الذي أصاب السيارة الثانية وقدره عشرين جنياً فإنه يقسم أيضاً بالتساوى بين السائقين : فيكون السائق الأول مسئولاً قبل السائق الثاني بمبلغ عشرة جنيات . وبعد أن تجرى المقاصة يدفع السائق الثاني إلى السائق الأول في النهاية خمسة عشر جنياً (٤) .

(١) أنظر - تحليل القضاء الفرنسي ملزو ٢ بقرة ١٥١٢ .

(٢) التفتين الألماني م ٢٥٤ - التفتين البولوني م ١٥٨ بقرة ٢ - الدروع الفرنسي الإبطال م ٧٨ .

(٣) وفي هذا ، كما جاء في ملزو ٢ بقرة ظاهرة من ميل القضاء إلى قياس التعويض على أسس جسامه الخطأ ، مما يلبس أخطأ المدعى لباساً ذاتياً يقر به من الخطأ الجاني (أنظر في قد هذا ملزو ٢ بقرة ١٥١٢) . على أن هذا هو الحل السلي المبادل ، وهو إذا تنازع مع الممثل الممنوع ، فإنه يبقى مع ذلك حلاً إنسانياً يصعب الانحراف عنه . وهذا ما يقوله حتى خص الأستاذين ملزو (أنظر ملزو ٢ بقرة ١٩٧٢ م ٨٢١) . ومع ذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد تجعل الأصل أن تكون النسبة فيما بين المسؤولين بالتساوى على عدد الرؤوس ، وسيأتي بيان ذلك (أنظر بقرة ٥٩٩ في الملمس) .

(٤) وينبغي من ذلك أن كلام السائقين يتحمل في النهاية نصف مجموع الضررين (٥٠ + ٢٠ ÷ ٢ = ٣٥) . فالسائق الأول أصيب بضرر قدره خمسون جنياً ، تخاض منه خمسة عشر جنياً ، فيتحمل في النهاية ضرراً قدره خمسة وعشرون جنياً . والسائق الثاني أصيب بضرر قدره عشرين جنياً ، ثم دفع للسائق الأول خمسة عشر جنياً ، فيكون قد تحمل في النهاية ضرراً قدره خمسة وعشرون جنياً أيضاً .

٣٤ - خطأ الغير

٥٩٧- وضع المسألة : نستبعد هنا أيضاً ، كما فعلنا عند بحث خطأ المضرور ، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فإن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ، فإن كان خطأً كان الغير وحده هو المسئول ، وإن لم يكن خطأً كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فلا يكون أحد مسئولاً . أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير ، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسئولية المدعى عليه . ويشترط هنا أيضاً كما اشترط في فعل المضرور أن يكون فعل الغير خطأً له شأن في إحداث الضرر .

فإذا لم يكن فعل الغير خطأً فليس له أثر في مسئولية المدعى عليه ، وكان هذا وحده هو المسئول ، وكانت مسئوليته كاملة . فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأً . ويقاس الخطأ بمعياريه المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . ولا بد كذلك أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر ، وإلا لما جاز للمدعى عليه أن يمتنع به إذ لا علاقة له بالضرر (١).

== وهنا يختلف حل المسألة ذاتها لو أن الخطأ كان مشتركاً بين جانب كل من الساتكين . فقد قلنا أن كلا من الساتكين في هذه الحالة يمرض الساتق الآخر عن الضرر الذي أصابه تومئاً كاملاً . فيكون الساتق الأول مسئولاً لإزاء الساتق الثاني بمبلغ مقرر جنباً ، ويكون الساتق الثاني مسئولاً لإزاء الساتق الأول بمبلغ غيب جنباً ، قطع القضية . وفي الساتق الثاني مسئولاً لإزاء الساتق الأول بمبلغ ثلاثين جنباً . وكان في الصورة الأخرى مسئولاً بمبلغ خمسة عشر جنباً قطع .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه إذا اترفع للملك محتولات للتاجر وبضائمه بعد أن أخذ مشورة أحد المحامين وطبقاً لهذه المشورة ، فانقضت تبة التفتي وهي ضرورة لوجود الجرعة . فمن ناحية المسئولية المدنية ، حيث لا يجوز للمهل بالتفاوت جنأ ، وحيث تقوم المسئولية على مجرد الخطأ ، لا يكون لمشورة المحامي أثر (استئناف مختلط ق ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٧) . فيلاحظ أن المحكمة في هذه القضية لم تجعل لنسأ التاجر (وهو هنا المحامي) أثراً في مسئولية الملك . وهنا بخلاف ما إذا كان الضرر من خطأ المحامي قد وقع على الملك مباشرة . فندرك أننا أن الخطأ يكون مشتركاً في هذه الحالة . ولعل المحكمة اعتبر في القضية التي نحن بصددنا أن خطأ الملك ، وهو يعمل تحت مسئولية في تصرفه نحو التاجر ، قد استغرق خطأ المحامي .

ويجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يتبرأ المدعى عليه مسئولاً عنهم . فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً أو تابياً ، فلا يكون الخطأ الصادر منه أثراً في مسئولية المدعى عليه نحو المضرور (١) . وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً ، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعثر ، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسئولية المدعى عليه (٢) .

٥٩٨ - أثر خطأ الغير في خطأ المرعى عليه - استرقاء أحد الخطأين

لمؤثر : إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن في إحداث الضرر ، وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب في إحداث الضرر .. فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ الغير في هذه المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ المدعى عليه في هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر - كما بينا في صدد الكلام في خطأ المضرور - إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضاه المضرور لخطأ

(١) وينبغي على ذلك أن خطأ الولد أو التلميذ أو التابع لا يجوز أن يستغرق خطأ للمدعى عليه ، بل يبقى معاً دائماً هو المسئول نحو المضرور ، ويدفع له التوسيط كاملاً . ولكن هنا لا يمنع من رجوع المدعى عليه بمعنى هذا التوسيط أو كله على الغير الذي ارتكب الفعل ولو كان هو مسئولاً عن هذا الغير نحو المضرور .

أما إذا لم يكن للمدعى عليه مسئولاً عن الغير ، فالخطأ الذي يصدر من هذا الأخير يكون من شأنه أن يؤثر في مسئولية ، بل يجوز أن يستغرق خطأه ، حتى لو طلت علاقة بين المدعى عليه والغير . فإنا نرى صاحب السيارة سيارته لأحد من أمه أو من أصدقه ، وهو ليس مسئولاً عنه ، ولارتكب الهريب أو الصديق خطأً وخطأً صادراً من الغير ، وجاز أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

(٢) نموز أن يستغرق خطأ هذا الغير المجهول خطأ المدعى عليه .

للمدعى عليه ، فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستترقه وضاء الغير .

٥٩٩-تعدد المسئولين: فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بقيا قائمين ، واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر . وهذه هي حالة تعدد المسئولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر في إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من شخص واحد .

وقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد ، السابق ذكرها ، على هذه الحالة . فقصت بما يأتي :

« إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي ، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١- إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . ورجع من دفع التعويض بأكثر من كل من الباقيين نصيب بمعدده القاضي حسب الأحوال وعلى قدر جسامته الضأ الذي وقع من كل منهم ، فإن استحال تحديد قسط كل منهم في المسئولية تكون التسوية بينهم » . وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد إدخال تعديلات تقنية ، وأصبح رقم المادة ١٧٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول جعل التضامن فيما بين المسئولين إجبارياً بمحكم القانون أو اختيارياً بمحكم القاضي ، وحول الأسس التي تقوم عليه قسمة التعويض فيما بين المسئولين . وانتهى رأي اللجنة إلى أنها حذفت الفقرة الثانية من النص ، وأضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » . وقد روعي في هذه الإضافة أن يكون الأصل هو المساواة في المسئولية بين من وقع منهم الفعل الضار ، إلا أن القاضي أن يعدل في نصيب كل منهم في التعويض حسب تقديره الظروف . وأصبح رقم المادة ١٦٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ من ٢٨٢ - من ٢٨٩) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « لا يتصور هذا النص على تحرير التضامن بين من يشتركون في إحداث ضرر معين عند رجوع الضرر عليهم ، وهو ما يخفى به التفتين المصري الحال في المادة ٢١١/١٥٠ ، بل يقتضون فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسئولين فيما بينهم إذا لم أجدم بأداء التعويض بأكثر من نصيب كل منهم . فبقيا يطلق رجوع الضرر على المسئولين عن الفعل الضار يكون هؤلاء متضامنين دون حاجة للتفريق بين المهرض والمعامل الأصلي والتفريق ، على نحو ما فعلت بين الالتزامات السويسرية في المادة ٥٠ (أنظر أيضاً المادتين ١٠٨/٩٩ من التفتين التونسي والمراكشي والمادة ١٣٠١ من =

وبلاحظ أن النص قرر التضامن فيما بين المسئولين ، فيجوز إذن للمضروب أن يرجع على أى من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملاً (١) .

= التفتين المتساوى . وبلاحظ أن هذه المادة تنص أيضاً على أن على المسئولين المتساويين لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بماله . ويؤدى هذا إلى التفرقة بين حالتين : (الأولى) حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون في الوسخ تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم ، أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يكون نتيجة مدعى عن تقرير التضامن بينهم جيداً (أنظر المادتين ١٠٩/١٠٠ من التفتين التونسية والمراكشي والمادة ٨٣٠ من التفتين الألماني) . (والثانية) حالة إمكان تعيين محدث الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تقدم وإمكان تحديد نصيب كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بخطئه ، ولا يسألون البتة على وجه التضامن (أنظر المادة ١٤٦ من التفتين البولوني والمادة ١٣٠٢ من التفتين المتساوي) وهذا هو حكم حالة الإخفاء التي تضمنت الإشارة إليها في التفتين السويسري . أما فيما يتعلق برجوع المسئولين فيما بينهم عند التضامن ، فيحدد القاضي ما يؤديه كل منهم متعدياً في ذلك بما يتناسباً مع الوقوع منه وتوزيعها وفقاً لإحداث الضرر وكل طرف آخر من شأنه أن يكشف عن مدى مساهمة المسئول في الضرر الحادث من هؤلاء المسئولين جيداً . فإذا استحال تحديد حصة كل منهم في المسئولية ، فتكون القسمة سوية بينهم ، إذ القروض أن الدليل لم يجعل على عاتق تجماعتهم . وقدواجه تفتين الالتزامات السويسري حالة تعدد للمشتولين عن ذات الضرر مع اختلاف أسباب المسئولية ، كأن يسأل البعض على أساس الفعل غير المشروع ، والبعض على أساس التقاعد ، والبعض يحتج بنس في القانون . وقد قضى هذا التفتين بإلزام كل منهم في هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً متبداً ، وقرر في المادة ٥١ فيما يتعلق بملاقه بعضهم البعض الآخر أن تبعة الضرر تقع أولاً على عاتق من أحدثه من بين المسئولين بصل غير مشروع ، وتقع أخيراً على عاتق من يسأل عنه يحتج بنس في القانون دون أن يكون مسئولاً بناء على خطأ وقع منه أو بناء على التزام تصادى ، وغنى عن البيان أن هذا الحكم لا ييسر الأخذ به إلا يحتج بنس خاص . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤) .

(١) ونحن غرض هنا ، كما فرضنا عند بحث خطأ المضروب ، أن كلامنا من الخطأ الذي وقع من المسئول والخطأ الذي وقع من الغير هو خطأ واجب الإتيان وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مشتركاً في جانب أى منهما أو في جانب كليهما . مثل الخطأ القترض في جانب المسئول أب مسئول عن خطأ صدر من ابنه ، وثبت في الوقت ذاته خطأ في جانب الغير كان هو أيضاً السبب في إحداث الضرر الذي جسد الأب مسئولاً عنه . فيجوز للأب - كما قمنا في صدر خطأ الضرر - أن يثبت أنه لم يتصل في رعاية ولده ، فينتفى المسئ القترض في جانبه ، ويخلص من المسئولية بتماماً . فإذا عجز عن ذلك بقى الخطأ مشتركاً في جانبه ، وهناك خطأ آخر ثابت في جانب الغير ، فيكون الأب والغير مسئولين بالتضامن نحو الضرر تلحقاً للمادة ١٦٦ المتقدمة الذكر . وإذا دفع الأب التعويض كاملاً للضرر ، رجع به كله على الغير الذي ثبت الخطأ في جانبه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ القترض في جانب الأب ، لأن هذا =

ثم يتقاسم المستولان الغرم فيما بينهما . والأصل بحسب النص أن تكون القسمة

== الافتراض لم يقم القانون إلا لصالح الضرور وحده . وإذا استطاع الأب أن يثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر — بأن يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو لم يوجب الرعاية كما ينبغي — يخلص من المسئولية بتأني نحو الضرور ، ولا يستطيع هنا أن يرجع إلا على الغير الذي ثبت خطأه ، ويرجع عليه بالتبويض كاملاً ولا يرجع الغير بشئ على الأب . وقد يكون الخطأ المفترض في جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة دمس أحد العابرة ، وأثبت خطأ شخص اعترض طريقه فجأة فخطره إلى الانحراف عن الطريق فدمس العابر . هنا لا يستطيع السائق ، كما استطاع الأب في المثال السابق ، أن ينفي الخطأ عن جانبه لأنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . حتى أنه أثبت خطأ الغير . فبالنسبة إلى الضرور يكون كل من السائق والغير مسئولاً بالتضامن ، ويستطيع للضرور أن يرجع على أي منهما بالتبويض كاملاً . فإذا رجع على السائق رجع هذا على الغير الذي ثبت خطأه بكل ما فيه ، ولا يستطيع الغير أن يمتنع بالخطأ المفترض في جانب السائق لأن هذا الافتراض لم يقم القانون إلا لصالح الضرور وحده . أما إذا رجع الضرور على الغير ، فلا يرجع هذا على السائق بشئ لأنه لم يثبت في جانبه خطأ ولا يعيدى الخطأ المفترض في جانبه كما قلنا . ويستطيع السائق أن يخلص من المسئولية بتأني نحو الضرور إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو لم يوجب في الحراسة كما ينبغي ، لأنه يثبت بذلك أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ، وفي هذه الحالة لا يرجع للضرور إلا على الغير ، ويرجع عليه بالتبويض كاملاً ، ولا يرجع الغير بشئ على السائق . ويستطيع السائق ، الإثبات أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو لم يوجب في الحراسة ، أن يثبت أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دمه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة ، فيخلص السائق من المسئولية على النحو الذي قسمناه (أنظر في هذا المعنى استئناف مخطط في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ م ١٠ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ م ١٤٤ — وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ م ١٥٠) — وقد يزيد الضرر الذي أحدثه السائق عن الضرر الذي قصد تخديه فلا تكون ثمة قوة ظاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريداً خطأً يبد أن وازن بين أمرين ، القضاء على حياة النلام الذي اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفرز الشارع حيث وقعت الواقعة ، وكان الفصل المرتكب في حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تخديه ، بل كان بالعبادة أهم منه شأنًا وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التبويض يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر (قض جنائي في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحللة ٢٢ رقم ١٥٨ م ٤٦٨ — وأنظر في الفتوى والقضاء الفرنسيين في هذه المسألة قسراً ١٦٥٢ — قسراً ١٦٥٣ — ٢) .

ومثل الخطأ المفترض في جانب الغير هو عين المثال للخدم إذا اعتبر للضرور الغير الذي كان سبباً في دمس السيارة إليه هو التفاعل الأصلي فرجع عليه بالتبويض كاملاً . ولا يستطيع التفاعل الأصلي أن يرجع على السائق — وقد أصبح السائق هنا هو الغير — لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض في جانب السائق إذ أن هذا الخطأ لم يفرض إلا لمصلحة الضرور كما قلنا . ومثل ذلك أيضاً سائرنا اصطدامنا ، فأصبح جرمنا اصطدامنا غير الطريق ، واستطاع الضرور =

بالتساوى على عدد الرؤوس ، إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد جماعة بكل من الخطأين فيجوز له أن يحمل القسمة بحسب جماعة الخطأ . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى خطأ المضرورة (١) .

٦٠٠ - مشترك خطأ المدعى عليه وخطأ الضرر خطأ المضرورة فى

بمصرات الضرر : وقد يساهم فى إحداث الضرر خطأ أول يثبت فى جانب المدعى عليه ، وخطأ ثان يثبت فى جانب الغير ، وخطأ ثالث يثبت فى جانب المضرورة . فى هذه الحالة يتحمل المضرورة ، وقد ثبت خطأ فى جانبه ، ثلث الضرر ، ويتحمل المدعى عليه والغير متضامتين بالثلثين الباقيين . فيرجع المضرورة بثلثي التعويض على المدعى عليه أو على الغير ، ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثلث . هنا ما لم ير القاضى أن يكون التوزيع

— أن يثبت خطأ فى جانب أحدهما للثلاثين دون الآخر ، فإن السائق الذى ثبت فى جانبه الخطأ ودفع التعويض كاملاً لا يستطيع الرجوع به على السائق الآخر — وهو هنا الغير — إلا إذا يوجد فى جانب هذا الأخير إلا خطأ مقترن .

ومثل الخطأ المقترن فى جانب كل من المسئول والغير سيلتزم اسطفاً ، فأصيب ماير من جراء هذا الاصطدام ، ولم يستطع المضرورة إثبات خطأ فى جانب أى من السائقين . فلهذا يرجع على أى منهما بالتعويض كاملاً بحسب الخطأ المقترن . ويقتضى أن ترى هل يستطيع من دفع التعويض أن يرجع على المسئول الآخر بنصيبه فيه ؟ كان الجواب لا يرجع لألا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المقترن فى جانب السائق الآخر ، ولكن القول بذلك يفتح الطريق أمام المضرورة لتحكم ما بين السائقين ، فأيهما يختار يضطره إلى دفع التعويض كاملاً دون رجوع على المسئول الآخر . ومن أجل ذلك جرى الفتوى والقضاء فى فرنسا على أن يرجع السائق الذى دفع التعويض كاملاً على السائق الآخر بنصيبه فى هذا التعويض (ملزوم ٢ فقرة ١٦٦١) .

(١) ولا بد أن نلاحظ هنا أن التسبب فى الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس . وهذا ظاهر أيضاً من الرجوع إلى الأعمال التوضيحية لملزمة ١٦٩ وقد اقتضاهما فيما تقدم . فقد كان المصروع النهائي ينس على القسمة تبعاً لجملة الخطأ ثم عدل فجعل الأصل أن تكون القسمة بالتساوى . أما القضاء المصرى فكان يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جماعة الخطأ . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن حادثة الإصابة الخطأ وقعت بمشاركة شخصين فى الخطأ ، وجب توزيع المسؤولية عليها كل بمقتضى حصة (مجلس جناى فى ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجلوعة الرسمية ٣٢ ولم ٢/١٠٩ م ٤٤٤ م ٨٤) — وفى ٢ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٢٧٥ — وفى ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٢٣٦ — وفى ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ م ٢٢ .

لا على عدد الرؤوس بل بحسب جسامه خطأ كل من الثلاثة (١) .

المطلب الثاني

انعدام السببية لأن السبب غير متبع أو غير مبشر

٦٠١-ماتله : قد تعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه

(١) أما إذا كان هناك خطأ مفترض : فإن كان مفترضاً في جانب الضرر وحده وخطأ كل من المدعى عليه والتبر ثابت ، لم يمتنع بهذا الخطأ المفترض على الضرر لأنه أهم لصلته كما قلنا ، ورجع الضرر على أي من المشولين بالتبويض كاملاً ، ورجع هذا بنصف التبويض على المشول الآخر .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب المدعى عليه وحده وخطأ كل من الضرر والتبر ثابت ، فالتبر أن يرجع الضرر على التبويض على أي من المدعى عليه أو التبر ، ولكن هذا الحل يجعل التبر يشار بالخطأ المفترض في جانب المدعى عليه ، إذ لو اتفق هذا الخطأ ، وثق الخطأ الثابت في جانب كل من الضرر والتبر ، لتصل التبر بنصف التبويض لا الثلثين ، فذلك يرجع الضرر في الحالتين على المدعى بالتبويض ولا يرجع التبر بقى على المدعى عليه ، ولذا يرجع الضرر على المدعى عليه بالنصف ، يرجع المدعى عليه بما دفع كاملاً على التبر (أنظر في هذا المتي ملزو ٢ قرة ١٦٦٤ ص ٥٤٨ - ص ٥٤٩) .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب التبر وحده وخطأ كل من المدعى عليه والضرر ثابت ، يرجع الضرر ، للأسباب التي قلنا في الصورة السابقة ، على المدعى عليه بنصف التبويض ، ولا يرجع هذا على التبر بقى . ويجوز أيضاً للضرر أن يرجع على التبر بالنصف ، ويرجع التبر بما دفعه كله على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من الضرر والمدعى عليه وخطأ التبر ثابت ، يرجع الضرر بالتبويض كاملاً على التبر ولا يرجع هذا بقى على المدعى عليه . ويستطيع الضرر كذلك أن يرجع بالتبويض كاملاً على المدعى عليه ، ويرجع هذا على التبر بكل ما دفعه . وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من الضرر والتبر وخطأ المدعى عليه ثابت ، يرجع الضرر بالتبويض كاملاً على المدعى عليه ولا يرجع هذا بقى على التبر . كما يجوز للضرر أن يرجع بكل التبويض على التبر ، ويرجع هذا بكل ما دفعه على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المدعى عليه والتبر وخطأ الضرر ثابت ، فليس للضرر أن يرجع إلا بنصف التبويض على أي من المشولين ، لأن خطأ ثبت في جانبه . ومن دفع نصف التبويض يرجع على المشول الآخر بنصف ما دفع أي بنصف النصف .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الثلاثة جميعاً ، كما إذا اصطدمت سيارات ثلاث وأصيب إحداهن ولم يستطع السائق المضرور أن يثبت خطأ أي من السائقين الآخرين ، جاز لسائق المضرور أن يرجع بالتبويض كاملاً على أي من السائقين الآخرين ، والسائق الذي يدفع التبويض كاملاً يرجع بنصفه على السائق الآخر (أنظر في هذا الموضوع ملزو ٢ قرة ١٦٦٤) .

تعد هذه الأسباب، ولكن يؤدي هذا التعمد إلى انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتتعلم علاقة السببية . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه . ولكن الضرر ذاته هو الذي يتعدد . إذ تعاقب الأضرار . فتقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج . فتتعلم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة

ونستعرض كلا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج (أو تعاقب الأضرار) .

§ ١ - تعدد الأسباب

٦٠٢ - تعدد الأسباب مع الاستفراق أو دونه استفراق : كثيراً ما تعدد الأسباب التي تتدخل في إحداث الضرر . وعند ذلك يمتنع أن نعزو كل ما نأخذ بهذه الأسباب جميعاً : القريب منها والبعيد . ونعتبرها كلها أسباباً أحدثت الضرر ، أو نقف من هذه الأسباب عند المؤثر المنتج دون غيره .

وبحسب في هذا الصدد أن نميز بين حالتين في تعدد الأسباب : الحالة الأولى إذا تعددت الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى ، والحالة الثانية إذا تعددت الأسباب دون استفراق .

١ - تعدد الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى

٦٠٣ - بقائه السبب المستغرق وعده مرتباً للمسؤولية : رأينا في بحث السبب الأجنبي أنه يجوز أن يكون للضرر سببان ، ولكن أحدهما يستغرق الآخر . ويبقى هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر ، فتتحقق مسؤولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق في فرضين :

١ - أن يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد : فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد ، ويصبح هو السبب الوحيد الذي تقف عنده . فإذا قصد شخص إحداث ضرر بآخر ، وساعده على إحداث هذا الضرر خطأ

اوتكبه المضرور أو ارتكبه الغير ، كما لو انتهز شخص فرصة سير غريمه في الطريق غير مائق بالا لما حوله فلعنه بسيارته ، أو رأى حضرة في الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمه فيها ، اجتمع سببان تدخلتا في إحداث الضرر : تعتمد الجاني وخطأ المجنى عليه أو خطأ الغير . ولا شك في أن تعتمد الجاني قد استغرق خطأ المجنى عليه أو خطأ الغير ، فالتعمد وحده هو الذي تقف عنده ، ويعتبر السبب الوحيد في إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولاً وحده مسئولية كاملة .

٢ - أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر . مثل ذلك أن يخطيء الطبيب في نصيحة المريض أو المحامي في توجيه الموكل أو المهندس في المشورة على العمل ، فيخطيء المريض أو الموكل أو العميل في اتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة فيصاب بالضرر . ومن ثم وجد سببان متواليان تدخلتا في إحداث الضرر : المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . ولكن أحد السببين هو الذي ساق إلى السبب الآخر ، فكان هذا نتيجة له ، إذ المشورة هي التي ساق إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة . ويترتب على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ ، وتصبح هي وحدها السبب الذي تقف عنده ، وتحقق مسئولية الطبيب أو المحامي أو المهندس وحده مسئولية كاملة .

ب - تعدد الأسباب دون استغراق

٦٠٤ - نظريته : أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى ، جاز عندئذ التساؤل هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً وهذه هي نظرية تكافؤ الأسباب *la condition sine qua non* أو تقف منها عند الأسباب المؤثرة المنتجة وهذه هي نظرية السبب المتج (*théorie de la causalité adéquate*) . وقد كان فقهاء الألمان - تبعهم في ذلك فقهاء البلاد الأخرى - يقولون بنظرية تكافؤ الأسباب ، ثم هجروها - وتبعهم في ذلك أيضاً غيرهم - إلى نظرية السبب المتج . ونستعرض الآن كلا من النظريتين .

٦٠٥ - نظرية تكافؤ الأسباب : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون بيري

(١) (Von Barz) ومؤداها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيداً - يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر . فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة ، وكل واحد منها يعتبر سبباً في إحداثه . ويكون السبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لا وقع الضرر . فلو أن ثلثاً سار في عرض الطريق فدهسته سيارة بسرعة ، وكان من اليسير على سائق السيارة أن يتفادى الحادث لو أنه كان يسير بسرعة معتدلة ، كما كان يمكن للثمل أن يتفادى الحادث لو أنه كان مالكاً لتوازنه ، كان هناك سببان في إحداث الضرر : خطأ السائق في السير بسرعة كبيرة وخطأ المصاب في السير في الطريق العام وهو ثمل . ذلك أن الضرر ما كان يقع لو لم يكن السائق مسرعاً ، وما كان أيضاً يقع لو لم يكن المصاب ثملاً . فالسببان متكافئان في إحداث الضرر ، ويعتبر كل منهما سبباً فيه ، ويكون صاحبة مسئولاً ، فتتحقق المسئولتان معاً . كذلك لو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعقولة للمحافظة عليها فسرقت منه ، وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، كان هنا أيضاً سببان في إحداث الضرر : سرعة السائق وتقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها . فالضرر ما كان يقع لو لم يكن السارق مسرعاً ، وما كان أيضاً يقع لو لم يهمل صاحب السيارة ففسد منه فالسببان متكافئان في إحداث الضرر ، وكلاهما يعتبر سبباً في إحداثه .

٦٠٦ - نظرية السبب المنتج : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون

كريس (Von Kries) (٢) ، فأنماز لها الكثرة من الفقهاء في ألمانيا وفي غيرها من البلاد . وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت ، فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض في جانب المدعى عليه ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً وبروزاً . فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب لوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء ، وفيها الخطأ المفترض ، أسباباً متكافئة . ومن ثم أثر الفقهاء نظرية السبب المنتج ، فيستعرضون الأسباب المتعددة التي كان لما دخل في إحداث

(١) ملزو ٢قرة ١٤٤٠ والمراجع المشار إليها .

(٢) ملزو ٢قرة ١٤٤١ والمراجع المشار إليها .

الضرر ، ويميزون بين الأسباب العارضة (fortuites) والأسباب المتبعة (adéquates) ، ويقفون عند الثانية دون الأولى ويعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر . وإذا قيل إن كلا من السبب المتبع والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية . ونحن إنما نريد السببية القانونية ، فنبحث أى الأسباب التى يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها وحدها هي الأسباب التى أحدثت الضرر . والسبب العارض غير السبب المتبع . وإذا كان كلامنا تدخل في إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السبب المتبع هو السبب المألوف الذى يحدث الضرر في العادة (١) ، والسبب العارض هو السبب غير المألوف الذى لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً . رأيت لو أن صاحب السيارة في المحافظة عليها فسرت منه ، وعاد بها السارق في سرعة كبيرة فذهب أحد العابرة ، فاجتمع سياران في إحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق ، ماذا يكون من هذين السببين هو السبب المألوف ؟ أليس هو خطأ السارق في أن يسير بسرعة كبيرة إذ هو الذى يحدث هذا الضرر في العادة ، وأليس خطأ صاحب السيارة في إهماله في المحافظة عليها حتى فسرت منه وإن كان له دخل في إحداث الضرر إلا أنه سبب غير مألوف لا يحدث عادة هذا الضرر ؟ فخطأ السارق وحده هو السبب المتبع ، أما خطأ صاحب السيارة فسبب عارض . ويجب الوقوف عند السبب المتبع دون السبب العارض ، واعتبار صاحب السبب المتبع هو وحده المسئول . وفي مثل المثال الذى ذهبت السيارة بسرعة اجتمع سياران في إحداث الضرر : خطأ المثال وخطأ السائق . وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة . فهما سياران متجانسان ، وصاحباهما مسئولان معاً . ومن ثم يكون البيان في هذا المثال متعين وفقاً لنظرية السبب المتبع ، ومتكافئين وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب .

ويتضح مما تقدم أن نظرية السبب المتبع هي النظرية الأخرى بالاتباع (٢)

(١) ملرو (Mellor) في المحقة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها .

(٢) أنظر في تحول القضاء الفرنسي عن نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المتبع ملزو ٢ نفرة ١٤٤٢ - ٢ .

٦٠٧- الاثر الذى يترتب على تعدد الأسباب التى أضرمت الضرر :

فإذا نحن عرفنا الأسباب التى أحدثت الضرر - سواء احتدنا إلى هذه الأسباب عن طريق نظرية السبب المتبع أو عن طريق نظرية تكافؤ الأسباب - ووجدنا هذه الأسباب متعددة ، فقد رأينا فيما قلناه عند الكلام فى السبب الأجنبي أن هذا التعدد له أثر كبير فى المسئولية. ونستعرض فى إيجاز القروض المختطفة ملخصين ما قلناه فى هذا الصدد .

قد يجتمع سببان فى إحداث الضرر : خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة أو خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور أو خطأ المدعى عليه وخطأ الغير . أو يجتمع أسباب ثلاثة : خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير .

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة ، كان المدعى عليه مسئولاً عن التويض الكامل ، لأن خطأه كان سبباً فى إحداث الضرر . ولا يستطيع الرجوع على أحد ، لأن الحادث الذى اشترك مع خطئه فى إحداث الضرر كان قوة قاهرة ، فيتحمل وحده المسئولية كاملة . فلو أن شخصاً لكم شخصاً آخر فى صدره لكلمة بسيطة ، وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك ، فأتى المصاب من جراء هذه للكلمة . كان المدعى عليه مسئولاً مسئولية كاملة عن موت المصاب (١).

ولو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب ، فإذا بريح عاصف اقتلع شجرة ورماعها فى عرض الطريق أمام السيارة ، فالتفت السيارة على أحد العابرة فأصابته ، كان المدعى عليه مسئولاً عن التويض الكامل ، ولا يستطيع الرجوع على أحد كما هو الأمر فى المثل السابق .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، كما إذا أسرع سائق السيارة فى سيره فاعترض طريقه شخص ثمل فدهسه ، كان هناك خطأ مشترك

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطفة بأنه إذا فرض أن الضرر فى حادث كان لى اعتماد من قبل (predisposed) للضرر الذى أصابه بسبب هذا الحادث ، فيمكن أن يكون للملحق هو السبب الذى حرك هذا الاعتماد (predisposition) حتى تقوم علاقة البنية بين الحادث والضرر ، فيلزم للتسبب فى الحادث بتوحيش الضرر (استئناف مخطط فى أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٠ ص ٥٥)

(faute commune) كما قلنا، ورجع الضرر على المسئول بنصف التعويض على النحو الذى سبق أن بيناه .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، كما إذا سار السائق فى سرعة كبيرة واعترضته حفرة فى الطريق أحدثها الغير خطأ فاقبلت السيارة وأصاب أحد العابرة ، فإن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولاً نحو الضرر عن تعويض كامل ، ويرجع بنصف التعويض على الغير الذى أحدث الحفرة خطأ فى الطريق .

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والضرر والغير ، كما إذا سار السائق بسرعة كبيرة فحضر بحفرة أحدثها الغير خطأ فى الطريق فاقبلت السيارة وأصاب شخصاً عملاً كأن يعبر الطريق ، كان السائق مسئولاً نحو الضرر عن ثلث التعويض ، ويرجع بالثلث على الغير .

٢٤ - تسلسل النتائج

(أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر)

٦٠٨- التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج : ينبغى أن نميز تمييزاً دقيقاً بين حالة تعدد الأسباب التى عالجناها فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التى نعالجها الآن . فى الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هى التى تعاقبت فصعدت . وفى الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ، والأضرار هى التى تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضراراً متعددة . فى إحدى الحالتين إذن السبب هو المتعدد ، أما الضرر فيبقى واحداً . وفى الحالة الأخرى الضرر هو المتعدد ، أما السبب فيبقى واحداً . وقد تمزج الحالتان فتعدد الأسباب وتعاقب الأضرار ، فيعطى لتعدد الأسباب حكمة الذى قلناه ، ويعطى لتعاقب الأضرار الحكم الذى سنبسطه فيما يلى .

٦٠٩ - أمثلة لعملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : يوجد مثل تقليدى أورده بوتيه فى الأضرار التى تعاقب ، وهو مثل فى المسؤولية

العقيدة ولكنه ينطبق أيضاً على المسئولية التصيرية : تاجر مواش يبيع بقرة موبوءة (١) ، فتعدي مواشى المشتري ، وتموت ويموت معها سائر المواشى ، فلا يتمكن المشتري من زراعة أرضه ، فيعوزه المال ، فلا يستطيع الوفاء بمديونه ، فيحجز الدائون على أرضه ويبيعونها عليه بثلثي بحس . فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضاً : موت البقرة الموبوءة ، عدوى المواشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاة الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثلثي بحس . ويرى بوتيه بحق أن الأضرار المباشرة التي يجب التعويض عنها هي موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشى وموتها . أما العجز عن الزراعة وعن وفاة الديون والحجز على الأرض وبيعها بثلثي بحس ، فهذه أضرار غير مباشرة لا محل لتعويض عنها .

وقد وقع في مصر ما يقرب من هذا ، فقفزت فيه محكمة الاستئناف الوطنية (٢) بما يأتى : « إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل لقطار الذى كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير التسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية ويسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فقفزت زراعة صاحب البئر ، وكان أيضاً متعهداً بأن يروى لأصحاب الأطنان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ، ثم إنه لم ينتفع أيضاً بالأرض التى حفر البئر فيها وبالأرض التى أعدها لوضع الوابور ألغ ألغ ، وأن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار » .

وقد قضت محكمة التقض (٣) كذلك بما يأتى : « ... إذا حمل الحكم

(١) أو يخطئ مواشى الغير ، وهو علم أنها موبوءة ، عن إصالح - وذلك حتى يتطابق التل على المسئولية التصيرية .

(٢) فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الصرائح ٢ رقم ٢/٥١ م ٢٤٧ - أقرر أيضاً استئناف مخطط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للمحاكم المخططة ٩ م ٢٩ - وفى ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المخططة ١٠ م ٤٣ - وفى ١٠ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ م ٣٨٧ - وفى ٦ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ م ٢٦٧ .

(٣) ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ المخططة ١٧ رقم ٤٠ م ٧٤ - ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ م ١٧٦ مع تعليق الدكتور سليمان مرقس - أقرر كذلك محكمة مخططة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٠٠ م ٢٣٥ - استئناف مخطط فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ م ٥٢ - وفى ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ٢٩٧ - وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٢٣ .

مصلحة الآثار مسئولية خطئها من سحب رخصة من متجر بالآثار ، وما يترب على هذا السحب من اعتباره متجر أجنبي رخصة ، وتخريب محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة الملصقة على محل تجارته ، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار ، قضاؤه صحيح قانوناً (١) .

فهذه أمثلة عملية من صميم الحياة المصرية فرى فيها الأضرار عن السبب الواحد تتلاحق وتتعاقب وتتسلسل . فأين تقف ؟ القاعدة التقليدية هي أننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct) فتعويض عنه ، ونغفل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض . ولكن كيف نحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

٦١٠ - معيار الضرر المباشر : يجب بادىء الأمر التمييز ما بين الضرر المباشر (direct) والضرر المتوقع (prévisible) ، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول بمكناً توقعه ، فهو بهذه المثابة يكون ضرراً مباشراً ، وقد فصلنا الكلام فيه في المسئولية العقدية . ويمكن القول إن كل ضرر متوقع يكون ضرراً مباشراً ، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقعاً ، فن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه . فما هو إذن معيار الضرر المباشر ؟ تعرض الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدني الجديد لهذه المسألة الهامة ، فقول :

« إذا لم يكن التعويض مقلداً في القدر أو بنص في القانون فالتقاضى هو الذى يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببدل

(١) وقضى أيضاً بأنه إذا أرسلت شركة آلات زراعية إحدى آلاتها حديثة الاختراع إلى وكيل لها في الريف ، فأصاب هذه الآلة نهب بطل أمين النقل ، ترب عليه فشل التجربة التي أجراها الوكيل على مشهد من كبار المزارعين في بلده ، ورفض المشتري قبول هذه الآلة ، وعدول المزارعين عن شراء مثلها ، فحين أمين النقل لا يسأل إلا عن نهب الآلة باعتباره ضرراً مباشراً ، أما ما تل ذلك من أضرار فيعتبر نتيجة غير مباشرة لحادث أمين النقل (الدكتور سليمان مرص في الفصل السادس ٥٩) .

جهد معقول (١) .

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) للخطأ الذي أحدثه ويبق بعد ذلك أن نعرف ما الذي يعتبر نتيجة طبيعية . يقول النص : « يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة ، نراه لأول مرة في القانون المدني الجديد (٢) ، وإن كان يمكن استخلاصه من قضاء محكمة الاستئناف

(١) تاريخ النص (الفقرة الأولى من المادة ٢٢١) غلط — أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد سبق إيراد تاريخها عند الكلام في المسؤولية التقديرية : أنظر آتفاقية (٢٠١) : ورد هنا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا لم يكن التصويض مقدراً في العقد أو بنس في القانون فالتعويض هو الذي يحدده . ويشمل التصويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به . ويدخل في ذلك الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص كما هو وأصبح رفق الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من المشروع النهائي . وفي الفقرة التفسيرية على التوابل استبدلت بعبارة « ويدخل في ذلك الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن ... » عبارة « يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن ... » وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع التعويض معياراً يترشد به في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهي في الوقت ذاته لا تقيد بهذا المعيار الذي نصت عليه المادة فلا مانع من أن يتخسف معيار آخر إذا رأى ذلك . ووافق مجلس النواب على النص كما عدله لجنته . وكذلك وافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص كما أقره مجلس النواب وأصبح رفق الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ . ووافق مجلس الشيوخ عليه . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ من ٥٦٢ — من ٥٦٦) .

وقابل هذا النص في القانون المدني القديم المقتدان ١٧٩/١٢١ من هذا القانون ، وكانت نصان على ما يأتي : « التضمينات عبارة عن مقدر ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « إذا لم يكن التصويض مقدراً في العقد (المعطى الجزائي) أو مقدراً بنس القانون (القوائد) تولى القاضي تقديره . ونطاق هذا التقدير ، كما هو الشأن في المسؤولية التقديرية ، يتصرفن قولهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب . ويشترط لاستحقاق التصويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه ، سواء أكان أصله نوات هذا الكسب أم تحقق تلك الخسارة . ويرامى أن عبارة « النتيجة الطبيعية » أسن في الدلالة على القصد من عبارة « النتيجة المباشرة » التي استعملها الفقيه المصري (القديم) حديثاً في ذلك بكثير من الفقهات الأخرى . وقد بلغ من أمر لعراض الفقيه اللبناني عن اصطلاح « النتيجة المباشرة » أن نص في المادة ٢٦١ على وجوب الاعتداد بالضرر غير المباشر كما يمتد بالضرر المباشر » .

المختلطة (١). فلنطبقه على الأمثلة العملية التي قدمناها .

البقرة الموبوءة التي تفقت بعد أن أعدت سائر المواشي فتفقت هذه أيضاً ،
أكان المشتري يستطيع أن يتوق هذه الأضرار ببذل جهده معقول ؟ ينظر في

== سبيل التخصيص والإفراد متى كانت له صلة بحققة بالتخلف عن الوفاء بالالتزام . وقد عى
النزوع بتحديد دلائل عبارة (النتيجة الطبيعية) ، تحديداً وافية ، فمن في المادة ٢٩٩ على أنها
تصرف إلى الضرر الذي لم يكن في استطاعة المشتري أن يتوقعه . وقد تقدم عند تفصيل أحكام
الخطأ المشترك أن المشتري يلزم بدونه تية الخطأ ، وبمحمل المسؤولية عن شق من الضرر إذا
استع عن دفع هذا الشق متى كان في استطاعته أن يضل ذلك يضل قسط معقول من المصلحة .
ومؤدى هذا أن نصيب المشتري من ثمة الضرر ينحصر فيما لا يكون للمشتري قبل وقوعه على الوجه
الذي تقدمت الإشارة إليه . وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المشتري عن الوفاء بالالتزام .
(مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥) .

(١) قد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المبادئ المقررة أن من صدر منه خطأ
لا يجب عليه التوضيح إلا في حدود الأضرار التي كان لا يمكن لمن ارتكب ضده الخطأ أن
يتوقعها بمجهده . وعدم بذلها الجهد هو فذاته خطأ يوجب للشئولية . فإذا أبطلت إجراءات
نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانوني ضد مجبور عليه ، لم يجوز لورثة المجهور
عليه مطالبة المشتري الذي اتخذ هذه الإجراءات بقية الثمرات التي انتزعت من موزمهم عن طريق
الإجراءات الباطلة ، إذا كان من الثابت أن قيم المجهور عليه ومن بعده الورثة ، وكانوا على علم
بهذه الإجراءات ، أبطلوا في رفع دعوى البطلان ، فكنا نخطئهم هذا للضرر من أن يقع
(استئناف مختلط في ٧ يولية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) - كذلك إذا أبطلت إجراءات
نزع الملكية وحكم مرسى الزاد لعدم إنفاذ الحائز للقرار من جراء إغفال ذكر اسمه في العمادة
القارية التي أعطيت للمشتري الحائز ، فكلما الكتاب ، في الدفاع عن نفسه في دعوى توضيح
ترفع عليه من الحائز عن المدة التي نزع منه فيها القرار ، أن ينسك بأن الحائز كان على علم
بالإجراءات التي اتخذت ، وأنه إذا لم يكن ملزماً بتصحيح الإجراءات بأن يصرف كما لو كان
قد أنذر ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوق الضرر الذي كان لا بد أن ينجم من جراء
نزع القرار من يده (استئناف مختلط في ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٧) . وقضت
هذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذي يطالب بتصحيح القرار يجب أن يكون قد علم من جهة
بكل ما هو ضروري لتوق هذا الضرر (استئناف مختلط في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص
٣٠٤) . أظهر أيضاً : استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٣ - وفي ٣
فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ - محكمة مصر المختلطة التجارية في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠
جاءت في ٢٠ رقم ١٩٢ - محكمة الصورة المختلطة التجارية في ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠
جاءت في ١١ رقم ١١٨ .

ولكن لا يلزم الضرر إذا هو لم يجل إجراء عملية خلية مؤلة ، ولا يحج عليه بهذا الرض
لهول بأنه أنطأ في عدم تلاخي الضرر الذي أصابه (استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩٣٣
جاءت في ١٤ رقم ٦ ص ٧) .

ذلك إلى الظروف الملائمة ، والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك . فنتبر هذه الأضرار أضراراً مباشرة. أما العجز عن الزراعة ، وعن وفاة الديون ، وحجز الأرض وبيعها بضمن بنحس ، فإن هذا كله كان في وسع المزارع أن يقاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان في استطاعته أن يعتمد إلى مواش أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه : فقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشي . ومن ثم تعتبر هذه الأضرار أضراراً غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

آلات الوابور التي تلفت بسبب الحادث الذي وقع للقطار ، أكان صاحبها يستطيع أن يتوفى تلفها ؟ ظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه . أما تملد الانتفاع بالبرر الارتوازية ، تلفت الزراعة ، والعجز عن رى الألبان المجاورة ، وعدم الانتفاع بالأرض التي حفر البرر فيها والأرض التي أعلت لوضع الوابور ، فكل هذه أضرار غير مباشرة إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يقادها بالالتجاء إلى طريق آخر للرى (١) .

سحب الرخصة خطأ من متجر يتجر في الآثار ، وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة لصاحبه ، ومهاجمة منزله ، ونزع اللوحة المعلقة ، كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول (٢) .

(١) ويلاحظ أن العجز عن رى الألبان المجاورة قد لا يكون ضرراً إذا اعتبر تلف آلات الوابور قوة قاهرة تخفي صاحب الأرض من التزامه برى هذه الألبان . أما عدم الانتفاع بالأرض التي حفر فيها البرر فقد يكون ضرراً مباشراً يوجب عنه ، إذا عدم صاحب الأرض الوسيلة للانتفاع بهذه الأرض عن طريق آخر . هذا ويحتر ضرراً مباشراً يوجب عنه الفرق في تكاليف الرى إذا كانت الطريقة التي لجأ إليها صاحب الأرض لرى أرضه أهد مؤونة ولم يكن في وسعه الالتجاء إلى طريقة أقل كلفة .

(٢) والألف الزراعية حديثة الاختراع التي تلفت بطل أمين النقل ، لم تكن الشركة تستطيع أن تتوفى تلفها ، فيحتر هذا التلف ضرراً مباشراً . أما قتل البجربة ، وما ترتب على هذا القتل من انصراف للتشريع وكبار المزارعين عن شراء الآلة وأمثالها ، فإن هذا كله كانت الشركة تستطيع توفيه ببذل جهد معقول لو أنها لم تعرض للبجربة هذه الآلة الثالثة ، واستعانت عنها بآلة سالمة ، فهذه إذن أضرار غير مباشرة .

ونرى من ذلك أن الميار الذي آتى به القانون الجليل يستقيم في الأمثلة التي تقع في الحياة العملية ، وهو معيار يجمع كما رأينا بين الدقة والمرونة (١) .

(١) وهو ، بعد ، ليس بالميار الوحيد ، فقد رأينا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب تحول في هررها : « وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع القضي معياراً يتحدد به في تحديد ما يجب نتيجة طبيعة لعدم الرضا ، وهي في الوقت ذاته لا تحيد بهذا الميار الذي نصت عليه المادة ، فلا مانع من أن يحدد معياراً آخر إذا رأى ذلك » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٦٦) . وهناك أحوال لا يطبق فيها هذا الميار ، ومع هذا لا يوجد شك في أن الضرر غير مباشر . من ذلك ما قننت به محكمة الاستئناف المخطئة من أنه إذا رفضت الإدارة تجديد رخصة لإحدى شركات النقل وكانت مخطئة في عدم تجديد الرخصة ، كانت مسئولة عن موهبي هذه الشركة عما أصابها من ضرر ، ولكنها لا تكون مسئولة عن موهبي بائع عربات النقل إذا أصابه ضرر من جراء عدم تجديد الرخصة بقوات مستقات كان من النظر أن يقدم مع الشركة التي لم تجدد رخصتها (استئناف مخطئ في ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٨) . ويلاحظ هنا أن الضرر للفقير قد أصاب شخصين لا شخصاً واحداً : الشركة والضرر الذي أصابها ضرر مباشر ، وبائع عربات النقل والضرر الذي أصابه ضرر غير مباشر . وقع في أحوال أخرى أن يصيب النقص الواحد شخصين بالضرر . مثل ذلك أن يشيب شخص في غرق شخص آخر ، فيعظم شمس ذلك لإعطاء التريق فيغرق به . فهل يرتكب النقص يكون مسئولا أيضاً عن غرق اللغز على أساس أن هذا الضرر إنما هو نتيجة مباشرة لحقه ؟ قننت محكمة الاستئناف المخطئة بأنه يكون مسئولا من غرق اللغز . ولكن إذا تبين أن هذا قد خلط مغلطة غير مألوفة (لارتفاع النيل) لإعطاء التريق الأول ، كان هناك خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض التوضي (استئناف مخطئ في ٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) - وقد وضعت المحكمة معياراً لمرقة ما إذا كان الضرر مباشراً في مثل هذه الأحوال . فإذا كان تدخل الغير لإعطاء شخص من خطر وضع فيه بنفساً للغير عليه إنما هو امتناع طبيعي من الغير ألامه قيام هذا الخطر ، كان الضرر الذي يصيب الغير من جراء تدخله ضرراً مباشراً يجب التوضي عنه . وتتل المحكمة في هذا الحكم من قضية الإنجليزية مرونة (Wagner v. Metro Ind. E. Co. Corp. Juris. C. 45 p. 481) والذين قبلوا الآلية : « النظر يستلزم الإعطاء . وصحة الاستئناف هي دعوة إلى التجديد . وليس القانون بقى يجامل اصلاات العقل منه عند ما يربط الصرف بجائحه ، بل هو يتعرف بها تأييد مألوفة ، ويضع ما يترتب عليها من آثار في حدود الأمور الطبيعية التي يجب ولوها . والنقص الذي يهدد حياة بالنظر هو خطأ يرتكب ضد المصالح البهية ، وهو في الوقت ذاته خطأ يرتكب ضد من يقدم لإعائه (Danger invites rescue. The cry of »
distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects within the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong to the unperturbed victim; it is wrong also to his rescuer). ==

ومن اليسير تأصيله بأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولاً في توق الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك ، وعلى المضرور أن يتحمل تبعه خطأه بتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذي ينجم عن الجرح يتحملة المسئول ، والضرر غير المباشر الذي ينجم عن إهمال المضرور في علاج نفسه يتحملة المضرور .

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة ، أي الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثها وهي التي كان المضرور لا يستطيع توقها ببذل جهد معقول ، هي وحدها التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . أما الأضرار غير المباشرة ، وهي التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر ، فتقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ، ولا يكون المدعي عليه مسئولاً عنها .

الفرع الثاني

آثار المسئولية

٦١١- **دعوى المسئولية وميزاتها (التعويضية):** إذا توافرت أركان المسئولية - خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما - تحققت المسئولية ، وترتب عليها آثارها ، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه .

== وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه في عمل بقصد منع الضرر عن الغير ، كما إذا تدخل لوقف جواد جمع من سائقه ، فتج من تدخله ضرر لخصمه ، فإن من يكون مسئولاً عن الحادثة فيما لو وقع الضرر للغير ، يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي أصاب ذلك الشخص ، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بدعوى أن ذلك الشخص أخطأ في تدخله في الحادثة إذا كان هذا التدخل حصل بقصد القيام بسل إنساني (استئناف وطني في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٧٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ مر ١٧٥) .

ولاحظ أننا نبحث هنا في علاقة المسئول عن الخطأ بالغير الذي يتقدم لإلزام المضرور . أما في علاقة هذا الغير بالمضرور نفسه ، فالغير مسئول بالنسبة إليه ، وله طبقاً لقواعد القضاء أن يرجع عليه بما سببه من ضرر (أنظر في موضوع من يتقدم للإلزام *mauvetours* ملزو ٢ نظرة ١٤٩٩) وهو يوجه النظر إلى أن التقيد قد يتقدم للإلزام عن روعة ، فيكون هنا عمل إجباري) .

فالتعويض إذن هو الحكم الذى يترتب على تحقق المسؤولية ، وهو جزاؤها .
ويسبق ذلك دعوى المسؤولية ذاتها ، فى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلم
المسئول بمسؤوليته ، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى .
فنتعرض فى مبحثين متعاقبين : (١) دعوى المسؤولية (٢) وجزاء المسؤولية
(التعويض) .

المبحث الأول

دعوى المسؤولية

(Action en responsabilité)

٦١٢ - مسائل أربع : نتعرض المسائل الأربع الآتية : (١) طرف
الدعوى : المدعى والمدعى عليه (٢) الطلبات والدفع ، ويدخل فى ذلك تقادم
دعوى المسؤولية (٣) الإثبات : عبءه ووسائله (٤) الحكم الصادر فى دعوى
المسؤولية وطرق الطعن فيه ، وبخاصة طريق النقض .

الطلب الأول

طرق الدعوى

١ § - المدعى

٦١٣ - المدعى هو المضرور : المدعى فى دعوى المسؤولية هو المضرور .
وهو الذى يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق فى التعويض .
والمضرور ، هو أو نائبه أو خلفه ، يثبت له هذا الحق . ويثبت الحق لكل
مضرور . فالمدعى إذن هو المضرور ، وكل مضرور ، ولا أحد غير المضرور .
١ - غير المضرور ليس له حق فى التعويض :

٦١٤ - التبرع بالتعويض لمجه غيرية : يدهى أن غير المضرور لا

يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه (١). ولكن يقع كثير من أحوال خاصة في الأضرار الأدبية - أن يعلن المضرور عن رغبته في النزول عما يحكم له به من تعويض بلجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطلب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة . ولا تستطيع المحكمة في هذه الحالة أن تنجيه إلى هذا الطلب ، لأن الجهة الخيرية التي عنها المضرور لم يصبها أي ضرر ، فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض . أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض لنفسه وأعلن في الوقت ذاته عن رغبته في النزول عن هذا التعويض بلجهة خيرية ، فلا شيء يمنع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر ، ولا يكون في هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم (٢) .

فإذا وقع ذلك ، بقي أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور في أن ينزل لها عن التعويض الذي قضى له به ؟ إذا طبقنا القواعد العامة ، رأينا أن المضرور لا يلتزم بإرادته المفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المفردة لا تلزم صاحبها إلا في أحوال منصوص عليها ، ليست هذه الحالة منها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور رغبته في النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجاباً منه يعد فيه بهية حق ثابت له ، ستقوم المحكمة بتحديد مقداره . فإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب أصبح المضرور ملتزماً بهذا الوعد بالجهة ، مع مراعاة أن الوعد بالجهة لا يتحدد إلا إذا كان بورقة رسمية (٣) من القانون المدني الجديد (٤) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأنه إذا خالف أحد الزارعين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٧ الذي حرم زراعة أكثر من التلك قطناً ، وجنى محصول التلن المزروع فيما زاد على التلك وباعه ، فليس لوزارة الزراعة أن تطالبه بدفع ثمن هذا التلن إليها ، لأنها لم يصبها ضرر معين ، والضرر الذي أصاب المصلحة العامة يكفى فيه التلن الجنائي وتخلج الزائد من التلن (استئناف أسبوت في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ رقم ٢/٣٨٢ من ٧٧٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة للجنة عليه بالتعويض على أسس أنه طلب لنفسه مقابل الضرر الذي لحقته من الجريمة ، فأنه «إنه وإن كان قد ذكر أنه ستمد بمدا الحكم لتبرع بالمبلغ الذي يحكم له به لجهات الخير ، فإنها مع ذلك قضت له به ، وهو وشأنه فيه بعد الحكم » ، نهنا منها لا حاجة فيه (نقض جنائي في ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ الجلسة ٢٧ رقم ٢١٦ من ٥٢٠) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٣٤ - وفي ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٣٠٥ .

(٣) أنظر عكس ذلك ملقو ٢ فقرة ١٨٦٨ من ١٩٦٦ .

ب - حق التمييز المضرور :

٦١٥ - **المضرور أو نائبه** : المضرور هو الشخص الذي يحق له أن يطالب بالتمييز . ويقوم نائبه مقامه في ذلك .

ونائب المضرور ، إذا كان مهنياً قاصراً ، هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، هو القيم . وإذا كان مهنياً ، هو السنديك . وإذا كان وقفاً ، هو ناظر الوقف . وإذا كان رشيداً ، فثأبه هو الوكيل .

٦١٦ - **خلف المضرور** : يني الخلف ، علماً كان أو خاصاً . وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له . وهنا يجب التمييز بين التمييز عن الضرر المادي والتمييز عن الضرر الأدبي .

فإذا كان التمييز عن ضرر مادي - تلف مال أو إصابة في الجسم أعجزت عن العمل - فإن الحق في التمييز ، وقد ثبت للمضرور ، ينتقل منه إلى خلفه . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتمييز الذي كان مورثه يطالب به لو بقي حياً (١) . ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التمييز باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) . ويستطيع المضرور أن يحول حقه في التمييز إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له (٣) .

(١) وينتقل حق التمييز إلى الورثة ، كل بقدر نصيبه في الميراث (عملة الاستئناف الوطنية في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ المحاكم ١٥ من ٣١٩٢ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩١٤ المبيعة الرسمية ١٥ رقم ٢٥ من ٧٣ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحللة ٩ رقم ٣٠ من ٥١ - عملة الإسمكيرة الكلية الوطنية في ١٦ سبتمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ من ٧) .

وغني عن البيان أن الوارث له دعوى : الدعوى التي يرثها عن المضرور فيرضها بوصفه خلفاً ، ودعواه الشخصية عن الضرر الذي أصابه مباشرة ورضها بوصفه أصيلاً .

(٢) ودان المضرور عندما يرض الدعوى غير المباشرة إنما يكون ثأباً عن مدينه (م ٢٣٦ من القانون المدني الجديد) . فالأول أن يقال إن دائن المضرور نائب لا خلف . ولكن المأخذ يوضع عادة مع التفت .

(٣) ولعل أن تترك التمييز عن الضرر المادي نرض لحالة خاصة : إذا كان الضرر المادي الذي أصاب المضرور هو الموت بأن اتحدى شخص على حياته قلت في الحال ، فهل يجوز الوارث أن يطالب بالتمييز بوصفه خلفاً للمضرور ؟ وهل يجوز القول إن الموت ضرر مادي يصيب الميت ؟ لا شك في ذلك ، فقد قدألت آمن شيء مادي يملكه وهي الميلة . ولا يقال إن كل جس فائقة الموت وإن الموت ضرر لأمرفنه وهو قدر عتوم ، فذلك أن المضرور لا يشكو من الموت فانه ، بل يشكو من أنه مات مواتاً غير طبيعي ، وهنا =

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي ، فإنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا تمخض بمقتضى اتفاق ما بين المضرور والمثول أو طالب به المضرور أمام القضاء (م ٢٢٢) . وقد تقدم بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام في الضرر الأدبي وكيف ينتقل التعويض عنه إلى الغير . فإذا تمخض التعويض عن الضرر الأدبي على هذا النحو ، بالتراضى أو بالتقاضى ، أمكن أن ينتقل حق التعويض إلى الوراث ، وجاز لدائن المضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة (١) ، وصح للمضرور أن يحوله إلى الغير (٢) .

~~مستعجل لا شك فيه . ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أم بعد الموت~~
والميت لا يجوز عليه الضرر ، ذلك أن الميت قد أحق بالضرر ، لا قبل الموت ، ولا بعد الموت ، ولكن عند الموت . ويتبين من ذلك أن هناك ضرراً مادياً أصاب الميت ، فلو ارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك لدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدنيته الميت (أنظر في هذه المسألة ما ذكره في ٢٢٢٢ - وانظر : نفس جرائد في ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ - المحللة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٥٦٥ وتعليق الدكتور سليمان مرعس في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول) .
(١) ولا يقال إن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المدعي ، فلا يجوز لدائن أن يطالب به باسم مدنيته . فإن هذا يصح قبل أن تظهر إرادة المدعي بطلب التعويض عن الضرر الأدبي . أما وقد ظهرت في صورة اتفاق مع المثول أو بالمطالبة القضائية ، فقد أصبح حق التعويض حقاً مادياً كسائر الحقوق المالية ، ينتقل إلى الوراث ، ويجوز لدائن استملاكه .
(٢) ولكن لا يجوز للمضرور ، قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، أن يحول حقه إلى الغير ، لأن الحق لا يكون عندئذ قابلاً للانتقال . على أنه إذا ضل المضرور ذلك بعد أن قدر مبلغ التعويض ، وقبل المثول هذه الموافقة ، فإن هذا القبول يجبر اتفاقاً بين المثول والمضرور على مبدأ المسؤولية ومبلغ التعويض ، فيصح الحق في التعويض قابلاً للتحويل ، ونصح المحللة في هذه المسألة .

أما التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن موت المورث فوراً عند الاعتناء على حياته ، فلا يصح تصور انتقاله إلى الورثة ، لأن المورث مات في الحال ، فلم تنح له فرصة الاتفاق مع المثول ، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية . وقد يصيب الضرر الأدبي الميت بعد موته في ذكره ، فيصد شخص إلى النيل من سمته ، فلا يمكن أن يقال في هذه الحالة إن الميت قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، لأن الأموات لا يضررون . ويترتب على ذلك أنه لا يصح في هذه الحالة انتقال حق في التعويض من الميت إلى ورثته ، لا لأن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الوراث بحسب بل أيضاً لأن الضرر متصف عن الميت بعد موته . ولكن قد يتأذى الوراث شخصياً من جراء النيل من سمته وموته ، فيجوز له عندئذ أن يطالب بورثته أحياناً بتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه . ويجب في اعتبار هذا الضرر الأدبي التوفيق بين واجبين يلزمان من نال من سمته الميت : واجبه كدورخ بفساد المفاصل على وجهها الصحيح خدمة العلم والتاريخ ، وواجبه في ألا يقال من سمته الأحياء من جراء فحشه في سيرة الأموات دون مبرر (أنظر في هذه المسألة ما ذكره في ٢٢٢٢ - ٢٢٢٩) .

ج - حق التعويض لكل مضرور :

٦١٧ - تعذر المضرورين : قد يتعدد المضرورون من الخطأ الواحد ، ويكون كل مضرور قد أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر . مثل ذلك حريق تنشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، فصاحب كل منزل قد أصابه بسبب هذه الحريق ضرر مستقل عن الأضرار التي أصابت أصحاب المنازل الأخرى .

وقد يصيب الخطأ الواحد بالضرر شخصين أو أكثر ، ولكن الضرر الذي أصاب أحدهم يكون نتيجة للضرر الذي أصاب الآخرين . مثل ذلك أن يقتل شخص آخر خطأ ، ويكون للمقتول قريب يعوله ، فخطأ القاتل أصاب المقتول بالضرر ، وأصاب بالضرر أيضاً من كان المقتول يعوله . والضرر الثاني ليس إلا امتكاساً للضرر الأول ، فهو نتيجة له (١) . والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن الأضرار في الحالة السابقة كان كل ضرر منها مستقلاً عن الأضرار الأخرى ، أما في الحالة التي نحن بصددنا فالأضرار تتصل فيما بينها اتصال السبب بالسبب .

وفي الحالتين - سواء كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سبباً - يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعوى الآخرين . ولا تضامن ما بين المضرورين ، بل يقدر القاضي تعويض كل منهم على حدة .

٦١٨ - الضرر الذي يصيب الجماعة : وقد يقع الضرر على جماعة ، لاعلى فرد أو على أفراد متعددين ، فمن حسي أن يكون المضرور في هذه الحالة ، هل هم الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة ، أو هي الجماعة ذاتها ؟ يجب التمييز هنا بين ما إذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية .

فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، كشركة أو جمعية أو نقابة

(١) ويقول الفرنسيون إن الضرر الثاني هو ارتداد الضرر الأول ، فهو ضرر مرتد (par ricochet) . أنظر في التعويض عن الضرر المرتد تطبيق الدكتور سليمان مرس للتلوي إلى في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول .

أو شخص معنى عام ، وجب التمييز بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأى فرد من الأفراد التى تتكون منها هذه الجماعة ، والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوى ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره متبوعاً إلى حرة معينة . ولنضرب لذلك مثلاً النقابة — نقابة المحامين أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو نقابة من نقابات العمال أو أصحاب العمل أو أية نقابة أخرى — فكل عضو فى هذه النقابة له مصلحة فردية يحمىها القانون ، فإذا وقع اعتداء على هذه المصلحة كان لهذا الفرد المضرور دعوى شخصية قبل المسئول ، كما إذا منعت نقابة أحد أعضائها من ممارسة مهنته دون حق فيجوز لهذا العضو أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية. والنقابة كشخص معنى مصالح جماعية شخصية ، فهى تملك مالا ولها نشاط مهنى وتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة ، فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل ، كانت النقابة كشخص معنى هى المضرور ، كما إذا ارتكب أحد مديري النقابة خطأ فى إدارته سبب خسارة للنقابة ، وفى هذه الحالة ترجع النقابة بالتعويض على المسئول ، ولا يجوز لأى عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو المضرور فيرجع بصفته الشخصية على المسئول (١). والنقابة كشخص معنى يهدف إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة لها أن ترجع على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ، ولو لم تكن لها فى ذلك مصلحة شخصية . فنقابة العمال لها أن ترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل فى مصنعه ، بأن جعل العمال يعملون أكثر من الساعات المقررة للعمل ، أو استخلى الصبية أو النساء دون أن يراعى القيود التى قررها القانون ، حتى لو لم يكن العمال أو الصبية أو النساء الذين استخلمهم صاحب العمل أعضاء فى النقابة ، إذ النقابة هنا تمثل المصالح العام لجميع العمال سواء كانوا داخلين فى عضويتها أو غير داخلين . أما إذا كان العمال داخلين فى عضويتها ،

(١) انظر فى القضاء الفرنسى وتضارب أحكامه ملقو ٢ بقرة ١٨٧٨ — ٧ إلى حرة ١٨٧٨ — ١٤ — وانظر فى تناخل النقابات أمام القضاء الإدارى ما فى فى الرقبة القضائية على الإدارة — المجلد سنة ١٩٤٩ — ص ١١٤ — ص ١١٥ .

لأنها تكون بذلك قد توفرت لا على مصلحة عامة للمهنة فحسب ، بل أيضاً على مصلحة جارية شخصية ، وكلتا المصلحتين تبرز رجوعها على صاحب العمل . وقيام المصلحة الجماعية العامة يتحقق بالنسبة إلى النقابات دون الشركات والجمعيات ، فإن هذه لا تمثل المصالح العامة للمهنة أو للطائفة التي تنسب إليها . أما الأشخاص المعنوية العامة ، كاللولة والمديريات والبلديات والقرى ، فتختلط بالنسبة إليها المصالح الشخصية بالمصالح العامة ، إذ اللولة تمثل مجموع السكان فصالح هذا المجموع وهى المصالح العامة هى أيضاً المصالح الشخصية للدولة ، والمديرية تمثل مجموع سكان المديرية فصالح هذا المجموع هى المصالح العامة والمصالح الشخصية للمديرية فى وقت واحد . وهكذا قل عن سائر الأشخاص المعنوية العامة (١) .

وإذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ولكنها تنتمى إلى مهنة أو طائفة معينة ، كرجال الجيش ورجال القضاء ورجال الإدارة والعلمين والخبراء والمضربين والجامعيين والأزهريين واليهود ومهاجرى فلسطين ، وجب أن نلاحظ أن لهذه الجماعة مصالح عامة . فهل الاعتناء على هذه المصالح يميز الجماعة ، وهى لا تتمتع بشخصية معنوية ، أن ترجع بالتعويض على المعتدى ؟ تقضى القواعد العامة بعدم جواز ذلك ، فالجماعة ما دامت لا تتمتع بالشخصية المعنوية ليست شخصاً له ذمة مالية ، ولا تستطيع أن تقاضى ولا أن تقاضى ، ولا يمكن أن تترب مسئولية فى ذمتها ولا أن يكون لها حق فى الرجوع على المسئول . وأكثر ما يكون الاعتناء على المصالح العامة لهذه الجماعات أن يكون اعتناء على مصالحها الأدبية ، كالتدفع فى حقها أو الحط من كرامتها أو تلويث سمعتها . فى مثل هذه الأحوال لا يجوز لأحد أن يتقدم باعتباره ممثلاً للجماعة يطالب المسئول بالتعويض . وإنما يجوز لأى فرد من أفراد الجماعة — أو أى شخص معنوى داخل هذه الجمعية كجمعية المعلمين أو نادى الجامعيين أو جمعية إسرائيلية ، أن يطالب المسئول بالتعويض ، وبشرط فى ذلك أن يثبت ليس فحسب أن المسئول قد اعتدى على المصلحة العامة للجماعة ، بل

(١) وكذلك الحال فى النقابات الإجبارية ، ككتابة المعلمين وكتابة الأطباء وكتابة المحاسبين ، ففى هذه النقابات التى تجبر إجبارياً جميع رجال المهنة تختلط المصالح الشخصية للمهنة بالمصالح العامة للمهنة .

أيضاً أن هذا الاعتناء على المصلحة العامة قد لحقه منه ضرر شخصي (١).

٢٤- المدعى عليه

٦١٩- المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه: المسئول هو الذى

يكون مدعى عليه في دعوى المسئولية ، سواء كان مسئولاً عن فعله الشخصي أو مسئولاً عن غيره أو مسئولاً عن الشيء الذى في حراسته . ويجوز رفع دعوى المسئولية على المسئول عن الغير وحده دون إدخال المسئول الأصلي ، وما على المسئول الذى رفضت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسئول الأصلي ضماناً .

ويقوم مقام المسئول نائبه . فإذا كان المسئول قاصراً ، كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، كان أتاب هو القيم . وإذا كان مقلماً ، فالسنديك . وإذا كان وقفاً ، فالناظر . وإذا كان شيداً بالغا ، فالوكيل . ويعمل محل المسئول خلفه . والخلف هنا هو أولا الوارث . ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هي المسئولة بعد موت المسئول ، وأى وارث يمثل التركة في دعوى المسئولية . وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى ، ويتقاضى حقه كاملاً من التركة . ويجوز أيضاً أن يكون الخلف هو شخص عمال عليه بالدين ، كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشتري أن يفي بجميع الديون التي تثبت في دفعة المتجر ويكون من هذه الديون تعويض المتجر آخر بسبب منافسة غير مشروعة . فيكون المدعى عليه في هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً للمسئول ، وقد انتقل إليه دين التعويض عن طريق الحوالة ، وحوالة الدين جائزة في القانون المدني الجديد (٢) . ولا يتصور هنا

(١) أقرر في موضوع الضرر الذى يصيب الجماعة ملزو ٢ بقرة ١٨٧٨ - بقرة ١٨٩٩ .

(٢) ويلاحظ أن التقى في هذا التل هو خلف خاص بالدين بالنسبة إلى المتجر ، وخلف خاص للدين (وهو البائع) بالنسبة إلى البائع الحال به . وترفع عليه دعوى المسئولية باعتباره خلفاً خاصاً للدين . أما إذا لم تكن هناك حوالة للدين ، فلا يكون متجى المتجر ملزماً به ولو أنه خلف خاص بالنسبة إلى المتجر (أقرر في هذا المعنى : استئناف مخطوط في ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٢ - وفي ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٠ - بلاتويل وروبير وإسبان ١ بقرة ١٦٠) .

أن يكون المدعى عليه هو دائن المسئول كما تصورنا ذلك في المدعى ، فإنه إذا كان للدائن أن يستعمل حقوق مدينه فليس عليه الوفاء بالتزامات المدين (١) . وإذا كان المسئول شخصاً معنوياً وانحل ، فجميع ما له بعد التصفية يكون مسئولاً عن التعويض (٢) .

٦٢٠ - **نعمد المسئولين** : سبق أن ذكرنا أن المادة ١٦٩ من القانون المدني الحليد قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم من التعويض . فتعدد المسئولين يجعل كل مسئول مدعى عليه ، ويحطهم جميعاً متضامنين في المسئولية (٣) . وما داموا متضامنين فإن المدعى يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره ، ويطلبه بالتعويض كاملاً (٤) . ذلك أن

(١) ويجوز للدائن في دعوى المسئولية أن يرجع على مدين المسئول بالدعوى غير المباشرة ، ولكن الرجوع في هذه الحالة لا يكون بدعوى المسئولية ذاتها ، كما يجوز للدائن أن يجز تحت يد مدين المسئول حيز ما للمدين لدى الغير .

(٢) ملزوم ٢قرة ١٩٩٩ .

(٣) وبسبب المسئولية بالتضامن إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع قرره القانون القديم في المادتين ٢١١/١٥٠ كما قلنا : قض جئاني في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ الجمعية الرسمية رقم ٢٧ ص ٦٥ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ الجمعية الرسمية رقم ١٣ ص ٥٤ ص ١١١ - وفي ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ الجمعية الرسمية رقم ١٩ ص ٤٩ ص ٧٠ - استئناف وطني في ٨ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستئناف ٤ ص ٤٦٦ (يصح عدم إخلال التابع في الدعوى مع اللبوع إذا ما مسئولان بالتضامن) - استئناف مخطوط في ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٩٦ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤١ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ - وفي ٣ فبراير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٧ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٨ .

ويقول دى ملتس (Rompou. No. 85) إن التضامن قائم حتى لو لم يذكر في الحكم أن مصدره القانون . ولكن محكمة مصر الكلية الوطنية قضت بأنه إذا حكم بالتعويض وأخلت المحكمة ذكر التضامن ، فطالب التعويض أن يطلب منها تحصيل الحكم والرجوع على التضامن لمح الإشكال في التنفيذ (٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الجلسة ٨ رقم ٢٥١ ص ٣٤٤) .

(٤) وقد قضت محكمة التمييز بأنه إذا كان المدعى الذي رفع دعواه المدنية أمام محكمة أول درجة على التهم هو وآخر ، قضت المحكمة بالحكم على الطاعن بالقوبة وبالتعويض المدني ، ويرأت التهم الآخر ورفضت الدعوى المدنية قبله ، فلم يتألف المدعى المدني وأسأخت النيابة ، قضت المحكمة الاستئنافية بإدانة التهم الآخر المحكوم ببراءته إجرائياً وأيدت الحكم الإجمالي =

التضامن يقضى بأن كلا منهم يكون مسئولاً قبل الضرر عن التعويض كله ، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقي كل بقدر نصيبه بحسب جسامته الخطأ أو بالتساوى على التحو الذى قدمناه .

ويجب حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين أن تتوافر شروط ثلاثة :
١ - أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ . فلا تكون ورتة المسئول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هى المسئولة ، أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحداً منهم لم يرتكب خطأ ، بل المورث هو الذى صدر منه الخطأ .
٢ - أن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر . فإذا أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم فى وقت واحد ، فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم ، فإن الباقي لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التى وقعت منهم لم تكن سبباً فى إحداث الضرر ، بل لا يكونون مسئولين أصلاً لأنهم لم يخلطوا ضرراً ما .

٣ - أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم منطبقاً هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد (١).

== على الطالب ، ولما تكن الدعوى المدنية قد استؤخت أمامها بالنسبة للحق الآخر فلم يكن هناك سبيل للحكم عليه بهى من هذا التعويض ، وليس هناك ما يقع قانوناً من إلزام الطالب وحده بتعويض كل الضرر التالى عن ارتكابه المبررة ولو ارتكبها مع غيره (تضج جنازى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٨ الحاملة ٢٩ ولم ٢٠ ص ٨٤) .

(١) وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اهدركا فيه ، ويندر الأول بالمسئولة عما استغل لإحداثه . مثل ذلك تضج بعض الأشياء السروقة ، تنحصر مسئولية التضامن مع اللوق على مقدرو ما أخص (تضج جنازى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المبيعة الرسمية ١٩ ولم ٤٩ ص ٧٠ - وانظر أيضاً محكمة مصر الاجتماعية المخططة فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٧٤) .

أما إذا لم يثبت أن الضرر واحد ، كله أو بعضه ، فلا تضامن . وقد قضت محكمة التضج بأنه إذا كانت الواقعة الناتجة من أحد التهمين ضرب المبرر عليه فأصاب موصفاً من جسمه ، والآخر ضربه فأصاب موصفاً آخر منه ، وكانت الدعوى لم ترغ على أساس تضج أو إسرار سابق من التهمين على الاعتداء ، فإنه يجب إذا كانت المحكمة ترى الحكم عليها بالتضامن فى التعويض أن تبين فى حكمها الأساس الذى عليه عليه بما يتفق والأمول المرسومة له فى القانون ، فتذكر وجه ساحة كل من المحكوم عليها عن الضرر التالى من الضررين مجتمعين لا من الضربة الواحدة التى أحسها هو . فلذا هو لم تضل ولم تعرض للتضامن ، فلذا ==

فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة ، وجاء لص آخر فسرقت من السيارة بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الضرر الذي أحدثه الآخر (١).

هذه هي الشروط الثلاثة التي يجب توافرها ليكون المسئولون المتعددون متضامنين في المسئولية . ومتى توافرت تحقق التضامن ، دون حاجة لأي أمر آخر . فلا ضرورة لأن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء في وقت واحد ، فإذا حاول لص سرقة منزل فتقب فيه تقباً ثم ذهب يستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأتى لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من التقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (٢) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جرمية واحدة (٣) ، فقد يكون أحدهما عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامته

= المسئولية لا تكون تضامنية ولا تصح مطالبة كل منهم إلا بنصف المبلغ المحكوم به عليهما
قط (قضى جنائي في ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ الحملة ١٧ رقم ١٠٣ من ٢٥٤) .

(١) تجب إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسئولين في إحداثه : استئناف عخط في ٩ مايو سنة ١٩١١ م ٢٤ من ٣٢٤ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٥٥ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٣٥ - محكمة الإكسندرية السككية المختلطة في ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ من ٢٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لتزب التضامن أن تعد لإرادة الفاعلين مجرد اتحاد وقتي غير مسبوق بإتفاق على الاعتداء على المبنى عليه ، وأن يقترب كل منهم صفاء الاعتداء أو يشترك فيه (قضى جنائي في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحملة ١١ رقم ٤٢٢ من ٨١٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ الحملة ١٢ رقم ٦٣ من ١٠٩ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٣١ الحملة ١٢ رقم ٤/٢٠٤ من ٤٠٠) .

(٣) فقد يكون أحد المخطئين سرقة والمخطئ الآخر إخفاء لأعياء مسروقة ، وقد قضت محكمة النقض بأن من يشترى السرقة مع علمه بحقيقة الأمر فيه يكون مسئولاً مع السرقة بطريق التضامن عن تمويش الضرر الذي أصاب المبنى عليه ، ولو أنه يحد في القانون مخيضاً لا سارقاً ، وذلك على أساس أن كلا منهما قد عمل على احباط المال المسروق عن صاحبه (قضى جنائي في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ الحملة ٢٣ رقم ٢٢٤ من ٥٤٣ . وانظر أيضاً قضى جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ الحملة ٢٦ رقم ٢٢ من ٤٩) . وقد يكون أحد المخطئين جنابة قتل والمخطئ

الآخر جنحة ضرب ، وقد قضت محكمة النقض بأن المسئولين متضامنون سواء فيهم من حكم عليه بجنابة القتل أو من حكم عليه بجنحة الضرب (قضى جنائي في ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ الحملة ١٢ رقم ٧ من ٩ - استئناف مصر الوطنية في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الحملة ٨ =

الأخطاء فيقرن خطأ جسم بخطأ سير ومع ذلك يكون صاحب الخطأ اليسير متضامناً مع صاحب الخطأ الجسيم ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً ، أو يكون أحدهما عملاً ويكون الآخر امتناعاً عن عمل. مثل ذلك أن يهمل الخادم قفرك باب المنزل مفتوحاً فيدخل لص ويسرق المنزل ، ففي هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائي والآخر مدني ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء

== رقم ٢١٩/٢٤٩٠. وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تعاقبت لزيادة اثنين فأكثر على إلقاء إنسان والتمس عليه ، فضره بمن وقته بمن ، كانوا مشمولين بالتضامن لورثته عن التوضي ، ومتعاونين في السببية المدنية ولو لم يتدخلوا في السببية الجنائية ، وكان فعل أحدهم جنابة وفعل الباقي جنحة (١٤ مارس سنة ١٩٣٩ الهامة ١٩ رقم ٤٦٠ ص ١١٤٦) . وقد لا يعرف من من المشمولين هو الذي قتل ومن منها انصر على الضرب ، فيكونان بالأول متضامنين ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت بالحكم أن التهمين وقرينهما حضروا معاً لحل المادنة ، وكان كل منهما عاقلاً آية على الاحتذاء على فريق المجني عليه بسبب مضاربة سابقة وقت بين بعض أفراد الفريقين ، وتقيفاً لهذا الفرض ضرب كل من التهمين بحضور الآخر وعلى رأي من المجني عليه المذكور فأحدثا به الإصابات التي أدى بعضها إلى وفاته ، فالتضامن عليهما متضامنين بالتوضي للدعي المجني المدعى عن وفاة المجني عليه لا عاقلة فيه لقانون ، لأن كلا منهما يتبر مشغولاً من الوحمة المدنية عن الوفاة ، ولو أن المحكمة لم تسقط تامين من منها أحدث الإصابة التي نشأ الموت عنها (نقض جنائي في ٢ مارس سنة ١٩٤٢ الهامة ٢٣ رقم ٢٠ ص ٣٣ — أنظر أيضاً نفس جنائي في ١٧ مايو سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٦ رقم ١٨ ص ٤١) . وقد يبرأ أحد التهمين من التهمة الجنائية ومع ذلك يبقى متضامناً مدنياً مع التهم الذي أدب جنائياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة برأت التهم من تهمة السرور في القتل إلا أنها ألغت قضاءها بإلزامه بالتوضي مع التهم الآخر الذي أدب بهذه الجريمة على ما قاله من أنه كان معه وقد سلحه السلاح الذي استعمل في الجريمة ، ثم اتحد الاثنان في فكرة الاستيلاء على السيارة من طريق الصعرش بالدعي المدعى وما كسبه ، وتطور الوقت إلى صدور أقوال منها استنزت الدعي وكان لها بعض الأثر في وقوع الجريمة التي ارتكبها زميل الطاعن ، وأن كل هذه الأقوال وإن كانت لا ترقى بالنسبة إليه إلى مرتبة الاتفاق الذي وقت جرعة السرور في القتل بناء عليه ، إلا أن توافق الإيتين على الصعرش ورغبة في الحصول على السيارة لتفخ حيلة من حيل الاتفاق الجنائي الباطل القائم بينهما وآخرين ، والأقوال التي صدرت عنهما وكان من نتيجتها استنزاز الدعي كان لها أثرها بالنسبة إلى الطاعن وبالتالي في الضرر الذي لحق بالدعي — وهذه الظروف مجتمعة تجعل الاتيين مشمولين مدنياً بالتضامن عن توضي ذلك الضرر (نقض جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ الهامة ٣٠ رقم ١٢٧ — ص ١٣٠).

كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعض مفترضاً ، فسائق السيارة .
ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وخطأ الأول ثابت وخطأ الآخر
مفترض .

وقد يكون أحد الخطأين عقدياً ما دام الآخر خطأ تقصيرياً . فإذا تعاقد
عامل ففى مع صاحب مصنع أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهده
فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتعريض من صاحبه ،
كان العامل الفنى وصاحب المصنع المتنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع
الأول كل منهما عن تعريض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين
عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفنى مسئول عن تعريض كامل
لأنه أخل بالتزامه العقدى ، وصاحب المصنع المتنافس مسئول أيضاً عن تعريض
كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولاً ، فيكون كل منهما مسئولاً عن
تعريض ضرر واحد تعريضاً كاملاً . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité)
بل هى مسئولية مجتمعة (in solidum) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من
الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو
ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب
سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال ، فخطأ أمين النقل هنا
خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيرى
غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة
(in solidum) (١) . ويلاحظ فى المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ
العقدى لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى
فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر غير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً ، فالمسئولية
المجتمعة إنما تقوم بينهما فيما يشتركان فى التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ،

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا تسبب الوكيل فى عقد بخله فى
إخلال الوكيل بعهده كان مسئولاً عنه بالتضامن (استئناف مختط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢١ م
٤٤ ص ٨٧) . والصحيح أن المسئولية هنا مسئولية مجتمعة لا مسئولية بالتضامن . لاجتماع
خطأ عقدي مع خطأ تقصيرى . وسنرى أن محكمة الاستئناف المختطة قد قضت من جهة أخرى فى
بعض أحكامها بأن المسئولية عند تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية تكون مسئولية مجتمعة
لا مسئولية بالتضامن ، وهذا أيضاً غير صحيح .

وتفرد مرتكب الخطأ التصيرى بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة ، فالمسؤولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما يتبع لا فيما يضر . فلذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، لاستفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيها هم ملتزمون به فإنه لا يتخذ في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) . وإذا أقر أحد المسئولين التضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين ، وإذا نكل أحد المسئولين التضامنين عن البيان أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقي المسئولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين التضامنين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستطيعون من ذلك (م ٢٩٥) . وإذا صدر حكم على أحد المسئولين التضامنين فلا يمتنع بهذا الحكم على الباقيين ، أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسؤول الذي صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦) . وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المسئولين التضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المسئولين (م ٢٩٢ - قرة ٢) . وإذا أخطر الدائن أحد المسئولين التضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المسئولين ، أما إذا أخطر أحد المسئولين التضامنين الدائن فإن باقي المسئولين يستفيدون من هذا الإعفاء (م ٢٩٣ - قرة ٢) . وسنعرض لهذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في التضامن . ونجيزه هنا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام هي خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية المجتمعة ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين (١) .

(١) وفي القانون المدني الفرنسي لا يوجد نص على التضامن عند تعدد المسئولين ، ومن ثم لجأ الفقه والقضاء في فرنسا إلى فكرة للمسئولية المجتمعة (in solidum) فأقلموها بين المسئولين للصددين (أغلر ملزو ٢٠ هرة ١٩٦١ - ١٩٦٩) . أما في القانون المدني المصري ، القديم والجديد ، فإن النص على التضامن موجود كما قلنا . فلك تكون المسئولية بين المسئولين للصددين في مضمون مسئولي التضامن لا مسئولي مجتمعة . ومع ذلك فقد قست عمدة الاستئناف المختلة في بعض أحكامها ، إذا تعدد المسئولون للمسئولية بينهم لانسكون مسئولي تضامنية (solidarité) .

والمتولية بالتصامن إنما تكون في علاقة المضرورة بالمتولين المتعديين (١)، أما فيما بين المتولين المتعديين أنفسهم فيقسم التعويض بينهم بحسب جماعة الخطأ على الرأى السائد في القضاء كما أسلفنا الذكر (٢).

تستل مسئلة بجنمة (in solidum): استئناف مخطوط في ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢١٤ - وفي ٢٣ يولية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢٧٦ (وجلت المحكمة هنا القضية فيما بين المتولين بالتساوى لا بحسب جملة الخطأ) - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ١٤٣. وقد أغلقت هذه الأحكام النص الصريح على التضامن الذى ورد في قانون المدنى المسمى. ومما يكتفى من أمر، فإنه إذا رجع المضرورة الدعوى على أحد من المتولين، فإنه لا أن يطالبه بالتعويض كاملاً، ولهذا أن يرجع على سائر المتولين كل بقدر نصيبه: استئناف مخطوط في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ٣٥٣ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٢٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ م ٢٠٢ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ١٧٤ - وفي ٨ يولية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٣٥٦.

والصحيح أن التولية في مصر، في حالة تعدد المتولين، تكون مسئولية تضامنية بجميع خصائصها المتقدمة الذكر، لا مجرد مسئولية بجنمة. وهذا ما ذهب إليه الفقه والكثرة الغالبة من أحكام القضاء. ومن الأثرة على تضامن المتولين عند تعدد أتيار بناء مملوك في الشيوع، فيكون الملاك في الشيوع متولين بالتضامن عن الضرر الذى أحدثه أتيار البناء (استئناف مخطوط في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ١١١ - وفي ٨ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ١١٤ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٠٨)، وأما الفاعل بطون فغداً أن الفاعل خال من الرهون، فيكونون متولين بالتضامن (استئناف مخطوط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٢٧٧)، وللشركون في اغتصاب شيء واحد يكونون متولين بالتضامن (استئناف مخطوط في ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٢٠٧)، وكذلك التواطئون على النش (استئناف مخطوط في ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ م ١٨٩ - وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٤٩)، وكذلك للشركون في منافسة غير معروفة (استئناف مخطوط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ م ٣٥).

(١) فإذا كان الخطأ مشتركاً، بأن كان المضرورة قد ارتكب خطأ ساعد على إحداث الضرر، وكان المتول شخصين متضامين، فقد قلنا أن المضرورة يرجع ثلثي التعويض على المتولين بالتضامن، ولا يجوز لهذا أن يدفع هنا التضامن بأن المضرورة متول هو أيضاً عن الضرر، فيكون متضامناً معها، ويكون رجوعه عليها هو رجوع المتول التضامن على سائر المتولين التضامين، فلا يرجع على كل متول إلا بقدر نصيبه. ذلك أنه يرجع عليها كمضرورة لا كمشول متضامن.

(٢) استئناف مخطوط في ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٨٩ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٠٨ (شريكان في مبنى على الشيوع، قاتل المبنى وأصلب المبنى بالضرر، واعتبر الشريكان متولين بالتضامن قبل المضرورة، أما فيما بينهما فقد قسم التعويض بنسبة نصيب كل منهما في المبنى). ونقصي من الأحكام، دون مبرر، بعدم رجوع المتول مع

٦٢١- المسؤل إذا ارتكب الخطأ جماعاً : إذا لم تكن الجماعة متممة بشخصية معنوية ، فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ في هذه الحالة عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء ، ولكن باعتبارهم أفراداً لا جماعة .

وإذا كانت الجماعة متممة بالشخصية المعنوية فالأمر يختلف ، إذ يجوز كما قلنا أن يرتكب الشخص المعنوي خطأ ترتب عليه المسؤولية المدنية (١) . والمسؤل الذي تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوي ذاته لا ممثلوه ، فهؤلاء إنما هم أعضاء *l'organisme* التي يعمل بواسطتها ويريد عن طريقها (٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذي يرتكبه الشخص المعنوي يرتكبه في الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراداً ، فيكون المسؤل هو الشخص المعنوي والممثلون متضامنين جميعاً في المسؤولية . فإذا دفع الشخص المعنوي التعويض رجع على مثليه بكل ما دفع دون أن يخضع نصيباً عن مسؤوليته ، لأنه لا مسؤولية عليه في العلاقة فيما بينه وبين مثليه ، إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ في الواقع . وإذا دفع الممثلون التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوي . وقد يكون ممثل الشخص المعنوي تابعاً له كمدير الشركة ، فتحقق مسؤولية الممثل إما باعتباره تابعاً أو بصفته الشخصية ، وفي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية الشخص المعنوي باعتباره متبوعاً .

عند دفع التعويض كاملاً على المسؤل نفسه ، إذا كان الخطأ الذي ارتكبه مسؤولاً عنه ، كما إذا اشترك في التنبؤ (استثاف مخطط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م - ٤٠ م - ٥٠) ، أو في السرقة (استثاف مخطط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م - ٣٣ م - ٥٩) ، أو في التظلم الزور (استثاف مخطط في ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م - ٣٩ م - ٣٢٢) .

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المخطئة في ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م - ٥٦ م - ١٠ - وقد تنطبق المسؤولية الجنائية في أحوال قليلة ، تنوع على الشخص المعنوي عقوبة جنائية ، كالمثل والإغلاف والمصادرة والقرابة .

(٢) وكما أن الدعوى لا تقام على القراع أو على الرأس في حالة الشخص الطبيعي ، فهي كذلك لا تقام على المثلين في حالة الشخص المعنوي (ملزو ٢ فقرة ١٩٨٨) .

المطلب الثاني

الطلبات والدفع

§ ١ - طلبات المدعى

٦٢٢ - سبب الدعوى : مهما تنوعت الطرق والوسائل (moyens) التي يستند إليها المدعى في تأييد طلباته ، فإن سبب (cause) دعواه واحد لا يتغير : إخلال المدعى عليه بمصلحة له مشروعة . وسواء كانت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقدياً ارتكبه المدعى عليه أو خطأ تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيري خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضاً ، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك ، فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعى في دعواه . وقد ينتقل من وسيلة إلى وسيلة ، فيستند أولاً إلى الخطأ التقصيري ، ثم يتركه إلى الخطأ العقدي ، ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيري ولكن يدعيه مفترضاً ، فهو في ذلك كله قد خير الوسائل التي يستند إليها دون أن يتغير سبب دعواه .

ويترتب على ذلك أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيري الثابت ، فلا يمد طلباً جديداً في الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيري مفترض أو إلى خطأ عقدي . بل يجوز للقاضي ، وقد رفضت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ التقصيري الثابت ، أن يفي بحكمه على خطأ تقصيري مفترض أو على خطأ عقدي دون أن يكون بذلك قد قضى في شيء لم تطالبه الخصوم ، فهو إنما استند إلى وسائل لم تبناها الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعى أن يتغير الوسائل التي يستند إليها لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لا يجوز إنشاء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة .

ويترتب كذلك على ما قدمناه أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ العقدي مثلاً ، فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يجوز قوة الشيء المقضي ، ولا يستطيع المدعى أن يعود إلى القضاء مستنداً إلى الخطأ التقصيري . والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالاتصال من نوع من الأخطاء إلى نوع آخر ، ولم تتغير كذلك الخصوم والموضوع ، وهذه هي شروط الشيء المقضي .

أما القضاء الفرنسي فقد جرى على أن المدعى لا يجوز له أن يدل على استند إليه من الخطأ ، فيترك الخطأ التصريحي مثلاً إلى الخطأ العقلي ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفترض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) . كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الخطأ ، لم يحز الحكم قوة الشيء المقضي بالنسبة إلى نوع آخر ، وجاز رفع دعوى المسؤولية من جديد على أساس نوع من الخطأ يختلف عن النوع الذي رفضت الدعوى على أساسه من قبل . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي ، لأن السبب - وهو هنا نوع الخطأ - قد تغير (٢) .

وقضاء محكمة النقض علناً ، في دائرتها الجنائية ، يتفق مع القضاء الفرنسي (٣) .

(١) فاقضاء ورجال العدل في فرنسا يصحون المدعى أن يستند في دعوته إلى جميع النصوص الخاصة بالمسئولية - عديدة كانت أو تصيرية - حتى لا تفلت متعززة في كسب دعواه مهما كان رأى القاضي في الوسيلة التي يجب أن تستند إليها الدعوى (أنظر في القضاء الفرنسي وفي مقدمه مازو ٣ فترة ٢٠٩٧ - فترة ٢١٠١) .

(٢) أنظر في الموضوع مازو ٣ فترة ٢١٠٢ .

(٣) وقد أسفرت الفاترة الجنائية لمحكمة النقض أحكاماً عدة في هذا المقام . كتفت بأنه إذا كانت الدعوى السومية والمدنية قد رفعتا على التهم على أساس أنه طرف بنفس فعل القرب الذي وقع على عين المدعى عليه وسبب له الضرر المطلوبين أجله التوضيح ، واستمر النظر فيها على هذا الأساس طوال المحاكمة ، فإن المحكمة إذا طألتها الفلك في أن التهم ضرب المهي عليه ، ولم تر أنه طرف أية جرمه أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها ، فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتباً لذلك رفضت الدعوى المدنية المعلقة على أنه لرسكب بنفسه الفعل القاتل ، فتكون قد أسابت إذ لم يكن في وسعها أن تحكم بغير ما حكمت به . ذلك لأن المطالبة بالتوضيح على أساس المادة ١٥١ من القانون المدني باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن فعل نفسه تخفف من حيث السبب عن المطالبة بالتوضيح على أساس المادة ١٥٢ من القانون المذكور باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن فعل غيره ، وليس للمحكمة من نظام نفسها أن تقيم السبب الذي تهم عليه الدعوى أصلها وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها ، وحكمت بما لم يطلب منها المحكم به (نقض جنائي في أول فبراير سنة ١٩٤٣ الجلسة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٤٠) .

وقفت أيضاً بأنه ما طألت الدعوى قد رفضت على أساس المسئولية التصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يرضى له فيها بالتوضيح على أساس المسئولية المدنية - إذ مع أن يطلب نفسه أعلم المحكمة الجنائية - وليس للمحكمة أن يخرج من متنازعين الدعوى على سبب غير الذي رفضها صاحبها ، وإنما إذ فعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها المحكوم ، وهذا غير جائز في القانون (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ الجلسة ٣٠ رقم ٤٥ ص ١٤٢) .

وأما قضاؤها في الدائرة المدنية ، فعل العكس من ذلك يتفق مع الرأي الآخر الذي قلعتاه ، وهو الرأي الذي ترجحه . فقد قضت بأن الراجع في باب قوة الشيء المحكوم فيه هو اعتبار كلى ما تولد به للمضروب حق في التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens). فهما كانت طيبة المسئولية التي بحثها القاضى في حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى في طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى في حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضروب من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالاً بالانقضاء على انقضاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أيا كانت المسئولية التي أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعويض ، وأن لم يتناولوه البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر

== وقضت كذلك بأنه ما دلت الدعوى المدنية قد رفضت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى طرف بالجرعة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى قصير في الواجبات التي يفرضها عليه القدر المبرم بينه (وهو مستخدم بينك التسليف) وبين المدعى بالمقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أى قصيره — إذا انتهت المحكمة للحكم يكون متبناً عليها ألا تفتى بالتعويض إلا على من ثبتت عليه الجريمة ، وأن تفتى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط القدر لا يكون إلا على أساس المسئولية التقاعدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أصلها ، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كانت عليها في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة للمتهمين أحدهما أو كليهما لا يرضها فردود بأنه ما دلت الدعوى قد رفضت على أساس انقضاء المسئولية التقديرية ، فلن ذلك لا يفتح المدعى بالمقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من رضا أمام المحاكم المدنية بناء على سبب أكثر هو المسئولية التقاعدية (تحت جنائى في ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ الحلة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) .

وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى ، وهو يفرض الجأ الذى أخذ به المحكم ، ويؤيد الرأي الصحيح الذى أخذ به — وانظر تعليقاً أكثر في هذا المعنى في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ — ص ٢٢٨ .

الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما (١).

٦٢٣- موضوع الدعوى : وموضوع دعوى المسئولية هو التعويض عن الضرر ، بقدره المدعى كما يرى . ولا يجوز للقاضي أن يزيد عما يطلبه المدعى وإلا قضى فيما لم يطلبه الخصوم ، ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلبه من التعويض في الاستئناف لأول مرة ، لأن ذلك يهدد طلباً جديداً .

ولكن كيفية التعويض قد تتغير دون أن يكون في ذلك تعديل في الطلبات . فقد يطلب المدعى مبلغاً من النقود فيحكم القاضي بإيراد مرتب ، وقد يطلب تعويضاً عينياً فيحكم له القاضي بتعويض نقدي . وقد يغير المدعى من كيفية التعويض الذي يطلبه لأول مرة في الاستئناف فيجوز ذلك ، كما لو طلب تعويضاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية ، ثم طلب في الاستئناف تعويضاً عينياً مصحوباً بتهديد مالي .

٢٤- دفع المدعى عليه (التقادم)

٦٢٤- المرفوع : يدفع المدعى عليه دعوى المسئولية بأحد أمرين : إما أن ينكر قيام المسئولية ذاتها فيدعى أن ركناً من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية ، وإما بأن يعترف بأن المسئولية قامت ولكنه يدعى أن الالتزام المرتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو يغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام . وفي كل ذلك تطبق القواعد العامة (٢) .

(١) قس مدني ٥ بتاريخ ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ - ص ٤٥٢ .
(٢) وقد قلنا أن هناك دعوى المسئولية المدنية ، وإن رقت أمام المحكمة المدنية ، عن جرعة رقت الدعوى الجنائية في شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تنب من سير الدعوى المدنية حتى يصل نهائياً في الدعوى الجنائية . وهذا ما يبرعه الفرنسيون بقولهم : *La criminalité tient le civil en état* وقد وردت هذه القاعدة في قانون الإجراءات الجنائية الجديد في المادة ٢٦٥ على الوجه الآتي : « إن راضت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية ، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً . الدعوى الجنائية المعلقة قبل رضا أو في أثناء السير فيها ، على أنه إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنوح المتهم فصل في الدعوى المدنية » .

٦٢٥- **الرفع بالتقادم :** والذي يمتينا الوقوف عنده قليلا هو التقادم.

فقد أدخل القانون المدني الجديد تعديلا هاما في هذا الصدد ، وبعد أن كانت دعوى المسؤولية تقادم كغيرها من الدعاوى بخمس عشرة سنة صارت تقادم أيضاً بثلاث سنوات على تفصيل نوردته فيما يلي :

نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بمحدث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

٢- على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المصاب بمحدث الضرر وبالشخص الذي أحدثته . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢- على أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة تقرر لسقوط الدعوى الجنائية فيها مدة أطول ، فإن هذه المدة هي التي تسقط بها الدعوى المدنية . وفي لجنة المراجعة توفقت المادة مناقشة طويلة ، ورأى بعض الأعضاء أنه لا توجد علاقة ما بين سقوط دعوى التعويض المدنية وسقوط الدعوى الجنائية ، ولكن الأغلبية رأيت إبقاء الحكم على أصله مع تقديم الفقرة الثانية بحيث تكون استثناء لمدة الثلاث سنوات لا من مدة الخمس عشرة سنة ، وأصبح النص النهائي الذي أقرته اللجنة هو : ١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بمحدث الضرر وبالشخص الذي أحدثته إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة تسقط الدعوى الجنائية فيها بمدة أطول ، فإن هذه المدة هي التي تسقط بها دعوى التعويض . ٢- وتسقط دعوى التعويض في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . وأصبح رقم المادة ١٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ اعترض على جعل يوم علم المضرور بمحدث الضرر وبالشخص الذي أحدثته مبدأ لتريان التقادم القصير فهو ثلاث سنوات لأنه لا بد من تعيين ميلاد متى ثابت لجأ السقوط ظلالا قضائية يجب تحديدها بواقعة مادية ، أما العلم فقد يشير إشكالات لا تنتهي ، ولكن اللجنة تبيّن أن كل التشريعات الحديثة أخذت =

وقفاً لهذا النص يجب التمييز ما إذا كانت دعوى المسؤولية قد قامت على خطأ مدعى لا يعتبر جريمة أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية .
في الحالة الأولى تسقط دعوى المسؤولية بالتقادم بأقصر المدين الآتين :
(١) ثلاث سنوات تنقضي من اليوم الذي علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسؤول عنه . فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر . ويرتب على ذلك أنه قد يخفى على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تقادم دعوى

== يبدأ المدة القصيرة للتقدم على أن يبدأ سريانها من يوم العلم بالضرر وبالشخص الذي أحدثه
وبعداً المدة الطويلة في حالة عدم العلم . واستبدلت اللجنة عبارة « النص المسؤول عنه » بعبارة
« الشخص الذي أحدثه » ، والاستعانة من الشئ الأخير من الفقرة الأولى بعبارة « فلان دعوى
المضروب لا تسقط إلا ب سقوط الدعوى السومية » ، وقصد من هذا الاقتراح إلى الإبقاء على
الدعوى المدنية طوال المدة التي يوقف فيها سريان تقادم الدعوى السومية بالتحقيق أو بالمحاكمة
لأن إطلاق النص الوارد في المرسوم يجعل تقادم الدعوى المدنية يتم بانقضاء المدة التي تسقط بها
الدعوى السومية دون نظر إلى وقت سريان تقادمها ، والأصح أن تبقى الدعوى المدنية ما بقي
الحق في رفع الدعوى السومية أو تحريكها أو السير فيها قائماً ، والأصح كذلك أن يرد
الاستثناء الخاص بقاء الدعوى في الفقرة الثانية لأن الدعوى السومية قد تنقل بآلية أحياناً
مدة تجاوز الخمس عشرة سنة . وعلى ذلك عدلت اللجنة على الوجه الوارد في القانون الجديد
وأصبح رقمها ١٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢
س ٣٩٩ - ٤٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « استحدثت
المرسوم في نطاق المسؤولية التصديرية نظاماً قصيراً . قضى بسقوط دعوى التوضيخ الثلاثة
عن محل غير معروف بانقضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بمعاوى البطالة .
وبعداً سريان هذه المدة من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ، ويقف على شخص
من أحدثه . فإذا لم يعلم بالضرر الحادث ، أو لم يقف على شخص من أحدثه ، فلا يبدأ سريان هذا
التقادم القصير . ولكن دعوى الضرر تسقط على أي القروض بانقضاء خمس عشرة سنة على
ولوع الميل غير المرسوم . وإذا كان الميل الفاعل يتبع قيم دعوى جنائية إلى جانب الدعوى
المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية تقادم بانقضاء مدة أطول ، سرت هذه المدة في شأن تقادم
الدعوى المدنية . فلو حصدت الضرر مثلاً من جراء جنائية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية
عشر سنوات عوضاً عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لا تقادم إلا بانقضاء تلك المدة وهي أطول .
وقد فرض في هذا كله أن يبدأ سريان المدة لا ينقطع في المسالين ، بيد أن الدعوى المدنية
لا تسقط إلا بانقضاء خمس عشرة سنة عند جهل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص عمده ، وهي
مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية . وصقوة القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة
بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس قبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى
الجنائية (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ س ٤٠٠) .

المسئولة ويكفي لتحقيق ذلك أن يقع الضرر دون أن يعلم به المضرور ، كما لو أوصى شخص لآخر بمال ولم يعلم الموصى له بالوصية إلا بعد موت الموصى بمدة طويلة ، وتبين أن أحد الورثة وضع يده على المال الموصى به وأتلفه منذ مدة تفرضها خمس سنوات ، ففي هذا القرض لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذي علم فيه الموصى له بالوصية وبمن أتلف الموصى به من الورثة ، ولا تتقادم دعواه إلا باقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم ، أى باقضاء ثمانية سنوات من وقت وقوع الضرر . وقد يعلم المضرور بوقوع الضرر ولكنه لا يعلم بالشخص المسئول عنه ، كما لو اصطدم بسيارة لم يعرف سائقها ، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلاً ، فهنا أيضاً لا تتقادم دعوى المسئولة إلا باقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول ، أى باقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه في اليوم الذي وقع فيه - وهذا ما يحدث غالباً - فإن دعوى المسئولة تتقادم في هذا القرض باقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة تفرضها ثلاث عشرة سنة . ففي هذا القرض التادر تتقادم دعوى المسئولة باقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ، لأن هذه المدة أقصر من مدة ثلاث السنوات التي تسرى من وقت علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه ، إذ أن هذه المدة الأخيرة عند الحساب تكون ست عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وقد رأينا أن القانون المدني الجديد جعل التقادم بأقصر هاتين المدينتين في دعوى بطلان العقد . وسرى أنه سار على هذا النهج في الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة ، وهما نحن نراه يسير على النهج ذاته في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استثنى الالتزامات الناشئة عن العقد ، فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أرادها المتعاقدان فرتبت في ذمة الملتزم بإرادته هو ، وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

وفي الحالة الثانية، إذا نشأت دعوى المسؤولية عن جريمة كجناية قتل مثلاً، تتقدم الدعوى في الأصل بأقصر المدتين السابقين الذكر . فإذا فرضنا أن أقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس أو أية مدة أخرى تقل عن عشر سنوات ، نتج عن ذلك موقف شاذ ، إذ تكون الدعوى المدنية قد تقدمت قبل أن تتقدم الدعوى الجنائية ، فإن هذه لا تتقدم إلا بعشر سنوات (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . هذا الموقف الشاذ ، وهو سقوط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية ، وإيقاع عقوبة جنائية على الجاني دون التمكن من إلزامه بالتحريض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية ، هو الذي أراد القانون أن يتفاداه . فعلى أن الدعوى المدنية لا تتقدم في هذه الحالة ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يتمكن المضرور في الوقت الذي يعاقب فيه الجاني أن يتقاضى منه التحريض المدني . أما العكس فتستلزم : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط الدعوى المدنية . وصورة ذلك في المثل الذي نحن بصدد ألا نعلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات من وقوع الجناية ، فتكون الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقدم ، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية إذ لم يتقضى إلا ثلاث سنوات من وقت العلم بالجناية وبالجاني ولا خمس عشرة سنة من وقت وقوع الجناية (١) . ومثل ذلك أيضاً أن تكون الجريمة التي نشأت عنها دعوى المسؤولية مخالفة بسيطة تنقضى الدعوى الجنائية فيها بمضى سنة من يوم وقوعها (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) ، فتكون الدعوى المدنية قائمة بعد سقوط الدعوى الجنائية إذ لا تسقط الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات (٢) .

٦٢٦ - سريلانك النص الجديد من حيث المرحلية : ويتبين مما قلناه أن

(١) تنص مدني في أول مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ ولم ١٩٨ من ٤٣٢ .
(٢) وسقوط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية أكثر استهلا في القانون المدني الجديد (حيث قصرت مدة التقدم) منه في القانون المدني القديم . وهذا هو الذي جعل المشرع في القانون المدني الجديد ينص صراحة على الاحتياط الذي نحن بصدد ، حتى لا تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية على النحو الذي قلناه . أما القانون المدني القديم فلم يتضمن نصاً في هذه المسألة ، ولم يكن في حاجة كبيرة إليه ، لأن دعوى المسؤولية فيه كانت لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة ، فكان من التامر أن تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية .

القانون المدني الجديد قد عدل مدة التقادم في دعوى المسؤولية ، فجعلها في أكثر الأحوال أقصر من المدة التي كان تقادم القانون القديم يقررها . وقد نصت المادة الثامنة من القانون المدني الجديد على أنه ١ - إذا قرر النص الجديد مدة التقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم باقتضاء هذا الباقي .

وقرر ، لتطبيق هذا النص ، أن مسؤولية مدنية قد تحققت في ظل القانون المدني القديم: سرقة وقعت قبل نفاذ القانون الجديد وعلم المني عليه بالسرقة وبالسارق قبل هذا التاريخ . فإذا فرضنا أن السرقة وقعت في سنة ١٩٤١ ، فإن دعوى المسؤولية في هذا القرض إذا طبق عليها القانون القديم لا تقادم إلا بخمس عشرة سنة تسرى من وقت وقوع السرقة ، فتقادم في سنة ١٩٥٦ . أما إذا طبق عليها القانون الجديد ، فإنها تقادم بثلاث سنوات تسرى من وقت العمل بالقانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فتقادم في سنة ١٩٥٢ . ومن ثم يكون القانون الجديد هو الذي ينطبق لأن التقادم بمقتضاه أسرع ، وإذا فرضنا أن السرقة وقعت في سنة ١٩٣٦ ، فإن القانون القديم هو الذي ينطبق لأن الباقي من مدة التقادم فيه عند نفاذ القانون الجديد أقل من ثلاث سنوات ، وهي المدة التي قررها النص الجديد ، فتقادم الدعوى في هذا القرض في سنة ١٩٥١ .

المطلب الثالث

الاثبات

١٤ - عبء الإثبات

٦٢٧- عبء إثبات الضرر: المدعى هو الذي يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر . ولا يستطيع أن يخطو في دعوى المسؤولية خطوة قبل أن يثبت

ذلك (١).

وفي أحوال استثنائية يعنى القانون المدعى من إثبات الضرر :

١ - إما بوضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع . فقد نصت المادة ٢٢٨ من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية » ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير . وأكثر ما يقع ذلك فى المسئولية العقدية . ولكن يمكن تصوره فى المسئولية التصيرية ، إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما ، فتستحق فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر .

٢ - وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر . ويكون ذلك فى الشرط الجزائى . فقد نصت المادة ٢٢٤ فقرة أولى من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » . ويغلب أن يقع هذا أيضاً فى المسئولية العقدية ، ولكنه يتصور فى المسئولية التصيرية إذا اتفق الطرفان على إعادة الشيء إلى أصله كتعويض عن خطأ تصيرى ووضعاً شرطاً جزائياً . والفروض عند وجود شرط جزائى أن إخلال المدين بالتزامه قد أصاب الدائن بالضرر . وقد قدر المتعاقدان فى الشرط الجزائى مدى هذا الضرر وقيمه . وهذه قرينة قانونية تعنى الدائن من إثبات الضرر ؛ ولكنها تقبل لإثبات العكس ، فللمدين أن يثبت ، كما يقول النص ، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٦٢٨ - عبء إثبات الخطأ : الأصل أن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى . والخطأ كما قلنا هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادى . وهذا الانحراف واقعة مادية ، أكثر ما تثبت من طريق قرائن قضائية متتابعة ، تنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب . فالمدعى يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ . فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيثبت

(١) استثنائى عظمى فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريطى م ١٧٩ رقم ٩ - وفى ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ م ٩٣ - وفى ٤ مارس سنة ١٩٤٥ م ٢٧ م ١٩٩ - طرن محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحللة ٢٠ رقم ١١٩ م ٤٥٥ وتطبيق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ م ٣٤٨ - م ٣٤٩ .

هذا واقعة أخرى تقوم هي أيضاً قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه . فيعود عبء الإثبات إلى المدعى ، وهكذا ، إلى أن يعجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزعم عنه القرينة القضائية التي ألقاها عليه خصمه ، فيكون هو الساجز عن الإثبات . فإن كان المدعى هو الذى عجز ، فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرهما . وإن كان الذى عجز هو المدعى عليه ، فإن المدعى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ (١) .

هنا هو الأصل . ولكن ترد استثناءات كثيرة ، يعنى فيها المدعى من إثبات الخطأ ، بفضل قرينة قانونية تكون إما قابلة لإثبات العكس وإما غير قابلة لذلك (٢) . وسرى فيها إلى تفصيلا وإيا لهذه القرائن القانونية ، وبعضها قابل لإثبات العكس كخطأ من يهد إليه بالرقابة على غيره ، وبعضها غير قابل لإثبات العكس كخطأ المتبوع وخطأ حارس الأشياء . وبلا حظ بوجه عام أن هذه القرائن القانونية لا تعنى المدعى من إثبات وجود الحالة القانونية التي يترتب عليها قيام القرينة على الخطأ (٣) . وسرى ذلك في مكانه .

٦٢٩- عبء إثبات السببية: الأصل هنا أيضاً أن عبء إثبات السببية يقع على المدعى . فهو الذى يثبت ، ليس فحسب الضرر الذى وقع عليه والخطأ الذى وقع من غيره ، بل أيضاً علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ولكن هذه القاعدة محلولة الأهمية . فهي تارة يرد عليها استثناءات يقررها القانون ، وطورا يضيّق مجال تطبيقها العمل حتى تصبح القاعدة هي الاستثناء .

أما الاستثناءات التي يقررها القانون فهي قرائن قانونية ، كلها قابلة لإثبات العكس ، يقيمها القانون على وجود السببية . والقانون يقيم هذه القرائن

- (١) استئناف مخطئ في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٤١ - محكمة الإسكندرية المختلطة في ١٠ يونيو سنة ١٩٢٢ جلّزت ١٣ رقم ٨٦ م ١٦٠ .
- (٢) أنظر في أن الخطأ القروض فرساً غير قابل لإثبات العكس موفى الواقع من الأمر خطأ ثابت (satis prouvé) ملزو ٢ قرة ١٦٩٠ - قرة ١٦٩٢ .
- (٣) والقرائن القانونية على الخطأ إنما ألقاها القانون لمحكمة للمدعى دون غيره . ولذا رأينا أن غير المدعى لا يجوز له أن يتنص بهذه القرائن ، فلا يصح أن يتسك بها لا المدعى عليه ولا الغير .

حيث يقيم قرائن الخطأ . فهو إذا أقام قرينة على الخطأ — قابلة أو غير قابلة لإثبات العكس — يقيم إلى جانبها قرينة على السببية تكون دائماً قابلة لإثبات العكس . فالمكلف بالرقابة يقوم ضده قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على الخطأ ، ويقوم ضده كذلك قرينة قانونية قابلة هي أيضاً لإثبات العكس على السببية . ويستطيع أن يبنى كلا من القرينتين ، فيبنى قرينة الخطأ بإثبات أنه لم يقصر في الرقابة ، وينبئ قرينة السببية بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو لم يقصر أى بإثبات السبب الأجنبي . وحارس الحيوان أو الأشياء التي تتطلب حراسها عناية خاصة تقوم ضده قرينة الخطأ وهي غير قابلة لإثبات العكس ، وقرينة السببية وهي قابلة لتبني إثبات السبب الأجنبي . فإذا تركنا الاستثناءات وعدنا إلى القاعدة ، رأينا أن مجال تطبيقها في العمل محدود . ذلك أن المدعى إذا أثبت الضرر والخطأ ، ففي أكثر الأحوال ، ومن الناحية العملية المحضة ، تقوم في ذهن القاضي شبهة قوية في أن الخطأ هو الذي أحدث الضرر . ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية ، تنقل عب الإثبات إلى المدعى عليه . فيطالب هذا ببنى هذه العلاقة ، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي . وهذا هو السبب الذي دعا المشرع في القانون المدني الجديد إلى أن يورد الحكم في هذه المسألة على هذا الوضع العملي . فنص في المادة ١٦٥ على ما يأتي : « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . ونص في المادة ٢١٥ على ما يأتي : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه » . ففي التصيين وضع القانون عب الإثبات ، من الناحية العملية المحضة ، على عاتق المدين لا على عاتق الدائن (١) .

(١) أنظر للذكرة الإيضاحية للعروع التمهيدى في صدد المادة ٢١٥ ، حيث ورد أن لفظاً قرينة الخطأ يكون إثبات السبب الأجنبي . وفي هذا خلط بين الخطأ وعلاقة السببية ، فإن الذي يبنى إثبات السبب الأجنبي هو علاقة السببية لا الخطأ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٤٧) .

٢٤- وسائل الإثبات

٦٣٠- الإثبات بجميع الطرق : لما كانت الأركان الثلاثة - الحظا

والضرر والسببية - التي يجب إثباتها لتحقيق المسؤولية هي كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البيئة والقرائن (١) . وفي أكثر الأحوال يثبت الضرر والسببية بالمعينة المادية أو بشهادة طبية أو بتقدير الخبراء . أما الحظا فأكثر ما يثبت بشهادة من عاينوا الحادث وبالتحقيق الجنائي وبالاتصال إلى عل الواقعة ومعانيته وبالقرائن القضائية والقانونية (٢) .

٦٣١- ارتباط القاضى المبنى بالحكم الجنائى - تأصيل القاعرة :

ومن أهم القرائن القانونية التي تسيطر على وسائل الإثبات في دعوى المسؤولية

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى الرفوعة على سيد وخادمه يطلب الحكم عليها متضمنين بأن يرضا إلى الدعية مبقا لمعناها عما عن التادم يحمل كانت في علة استوعبتها السيد هي دعوى متضمنة في الواقع دعويين : الأولى أساسها الجزعة النسبية إلى التادم ، وفيها يدور الإثبات بينه وبين الدعية على وقوع الجزعة ، وإثبات الجزعة جائز قانونا بأي طريق من طرق الإثبات ، فهي دعوى غير متوقفة على عقد الوصفي ولا بالبردية إلا ما عرضة من ناحية أن الجواهر التي وقعت عليها الجزعة كانت ودعية ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجبة إلى السيد ، وأساسها أن التادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجزعة في حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوبا فيها إثبات عقد الودية على السيد . ومن ثم يجوز إثبات عتوبته بالبينة والقرائن (عن مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ م ٤٣٢) . وقضت أيضاً بأن التاديل لا ارتباط له بالمسئولية في حد ذاتها ، وإنما يخلق بنات الأمر المطلوب إثباته . قد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن كما في حالة التصديق بدم ضل شئ . عندما يرغب التصديق له إثبات علاقة للتصديق له . وقد تكون المسئولية جنائية أو تصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتما بالنسبة للعقد للربط بها لما كانت قبته تزيد على ألف قرش في غير المواد التجارية والأحوال الأخرى الستة كما هي الحال في جريمة خيانة الأمانة (عن مدنى في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ م ٧٥) .

(٢) استئناف مخطوط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ م ١٠٥ - وفي ٥ يناير سنة ١٨٩٣

م ٥ م ١٦١ - وفي ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ م ١٩٦ - وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨

م ٢٠ م ٢٩٥ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ م ٧٢ - وفي ٢٥ أكتوبر

سنة ١٩٢٨ م ٤١ م ١٥ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٣٤ .

حجية الحكم الجنائي. ذلك أن دعوى المسؤولية يفلب أن تقوم على جريمة جنائية، فتخضع لاختصاص القضاء الجنائي واختصاص القضاء المدني. فإذا صدر حكم نهائي في الجريمة من محكمة جنائية، قللى أى حد يصبح هذا الحكم حجة في الدعوى المدنية، وهل يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي؟ تجيب المادة ٤٠٦ من القانون المدني الجديد بما يأتي :

« لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي في الوقائع التي لم يخل فيها هذا الحكم أو الوقائع التي فصل فيها دون ضرورة » . وفي لجنة المراجعة روي أن النص يكون أوضح لو ذكر الحكم العكسي، فوافقت اللجنة على أن يكون نص المادة كما يأتي : « لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » . وأصبح رقم المادة ٤١٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك وافقت عليها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤٠٦ . ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ١٥ - استلهم المشروع في صياغة هذه المادة أحكام المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٩٥٦ من القانون الهولندي والمادة ٢٥٠٢ من القانون البرتغالي . ويرامى أن حجية الأحكام الجنائية تنطوي على معنى الإطلاع من ناحية ومعنى الاختصاص من ناحية أخرى . (١) فهي مطلقة بمعنى أن ما قضى به المحاكم الجنائية يكون ملزماً للمحكمة ، وذلك نصت المادة ١٩ فقرة أولى من القانون الجنائي لفرنسا . ولزم المحكمة المدنية بالفصل طبقاً لما قضى به نهائياً من المحكمة الجنائية إذا استلزم الفصل في الدعوى للرغبة أملها معرفة ما إذا كانت هناك جريمة قد ارتكبت ومن ينسب إليه ارتكابها . ونصت المادة نفسها في فقرتها الثانية على إلزام المحكمة المدنية بوقف الفصل في الدعوى المدنية للترتبة على وقوع الجريمة إذا ردت الدعوى الجنائية قبل الفصل فيها نهائياً ، وذلك اتجاه لتعارض الأحكام . (ب) ومع ضرورة معنى أن نطاق الإثبات لا يتجاوز ما قضى به فعلا ، أى ما فصل فيه الحكم . ففي حالة عدم الحكم بقضية - ومع ذلك التي تواجهها المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي - يجوز للقاضي المدني أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن يطوى حكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائي . فلو كان أن عدم القضاء بالقضية قد يرجع إلى انقضاء الدعوى السومية بموجب قتلهم أو بالعدم أو بالغير الشامل ، ولقراء ذلك لا يحكم القاضي بالقضية لتوافر هذا السبب أو ذلك ، دون أن يضل في الواقعة التي أسست عليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضي الجنائي قد انصرف على الفصل في أن الواقعة للنسبة للمتهم يتم توقيع عقوبة بشأنها ، فلقاضي المدني والمحال منه أن يحضى بالتعويض دون أن =

وتأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائي يربط القضاء المدني بمقتضى قوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) بل أن قوة الأمر المقضى ، تقتضى الوحدة في الموضوع والموضوع والسبب ، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا في قضاء مدنى يقيد قضاء مدنياً أو في قضاء جنائى يقيد قضاء جنائياً . أما القضاء الجنائى إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً ، فلن يكون هذا لوحدة في الموضوع فالنصوص في الدعوى الجنائية وفيهم النية العامة غيرهم في الدعوى المدنية ، ولا لوحدة في الموضوع فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التمييز ، ولا لوحدة في السبب فسبب العقوبة خطأ جنائى وسبب التمييز خطأ مدنى . فكيف يقوم التقييد على هذا الأساس وقوة الشيء المقضى تقتضى الوحدة في هؤلاء جميعاً !

سواءً يبارى بذلك ما قضى به جنائياً ، وأن يؤسس قضاء على الواقعة ضمنها بوصفها تعصياً مدنياً وقع من التهم . ثم إن الحكم بالبراءة قد لا يبنى قيام التعصير الذى أيضاً ، إذ ليس ثمة تلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ، فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى المدنية على مثل مجن لا يستتبع مسؤولية جنائية ولكنه يستتبع مسؤولية مدنية ، وفي هذه الحالة تحصل المحكمة الجنائية في المسؤولية الجنائية وحدها وتبقى البراءة ولو أن الواقعة التى فصلت فيها أو واقع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساساً لدعوى مدنية . فيجوز مثلاً أن يرا التهم من جرعة مخالفة قواعد الضرر مع الحكم عليه بالتعويض عن تعصير مدنى لا يصدق عليه وصف الجريمة . فلذا اقتصر القاضي الجنائى على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى التهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضي الذى أن يقضى بالتعويض دون أن يناقش بذلك ما قضى به جنائياً . ٢ - فالعشر المجرى في انتهاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة أو باتضاء وجه استيفاء العقوبة أمام المحاكم المدنية هو اختصار القاضي الجنائى على الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نسبتها . ويصدق هذا الشرط من قضى الحكم بأن الواقعة لم بعد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها أو أنها ليست بما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لو فرض أن القاضي أسس البراءة على تقى نية الواقعة إلى التهم ، كان لحكمة قوة الشيء المقضى به بشأن هذه النسبة ، وتعين على القاضي الذى أن يفصل طبقاً لهذا القضاء ، وفقاً لما قضى به المادة ١٩ من مبحثين تحقيق الجنايات الخطأ . ويضاد هذا الحكم ضناً من المادة ٣٠٦ من هذا القانون إذ تنص على أنه « إذا برى التهم والأزم بصيحات الدعى الذى يلحق للذى يكون تحذير المصاريف الواجب المحكم بها عليه للدعى يلحق للذى المذكور حسب القواعد المقررة في المواد المدنية والتجارية » . وقد استند القضاء بوجه خاص إلى هذه المادة وقضى بإلزام التهم بالتعويضات رغم الحكم ببراءته (جنى النصورة في ٥ مايو سنة ١٩٣٨ جريمة المحاكم الخطأ ٤ يونيو سنة ١٩٣٨ واستئناف مخط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ١٨٧) ورغم تخالف الدعوى المدنية (استئناف مخط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤٨٨) . (مجموعة الأعمال الصغيرة ٣ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٧) .

وإنما يرجع تنقيد القضاء الجنائي للقضاء المدني إلى اعتبارين ، أحدهما قانوني والآخر على . أما الاعتبار القانوني فهو أن الحكم الجنائي له حجية مطلقة ، فهو حجة بما جاء فيه على الناس كافة ، ومنهم المخصوص في الدعوى المدنية ، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا حجية الحكم الجنائي . والاعتبار الصلي هو أنه من غير المستساغ ، والمسائل الجنائية من النظام العام . أن يقول القاضي الجنائي شيئاً فينقضه القاضي المدني . فإذا صدر حكم جنائي بإدانة منهم أو ببراءته ، كان مؤذياً للشعور العام ، وقد آمنت الناس على أثر الحكم الجنائي بأن المتهم مجرم أو بريء : أن يأتي القاضي المدني فيقول إن المتهم بريء فلا يحكم عليه بالتعويض في الوقت الذي قال فيه القاضي الجنائي إنه مجرم ، أو يقول إن المتهم مجرم فيحكم عليه بالتعويض بعد أن قال القاضي الجنائي إنه بريء (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكون الحكم الجنائي الصادر بالإدانة حجة أمام الحاكم المدنية في الدعوى التي يكون أساسها ذات الفصل موضوع الدعوى التي صدر فيها ، وذلك سناً من أن يحسم المسك الذي على خلاف الحكم الجنائي . فإنه ليس من القبول في النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقت منه ، ثم تأتي المحكمة المدنية فتقضي بأن الفصل المكون للجريمة لم يقع منه ، في حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام الحاكم الجنائية — لصلتها بأرواح الناس وحرياتهم وأعراضهم — بضمانات أكفل يظهر الحقيقة ، مما يقتضيه أن يكون المسك متى صدر بالإدانة على ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأي حال إعادة النظر في موضوعه . وإنه إذا قضت المحكمة المدنية العدمي بتبنيته ملكيته للأطيان التنازع عليها، وبنت قضاها على رفض ما دفع به المدعي عليه الدعوى متمسكا بملكيتها بالأصل فتأخذ إلى عقد يبيع سبق الحكم جنائياً بإدانته فتجهد تزوره ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (قضى مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ، رقم ٩٠ من ٢٤٥٠) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية يجب أن تكون له حجية المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية بالنسبة لما يقتضي الفصل في تلك الدعوى ياته فيه حسب القانون متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفصل الذي تناوله هذا الحكم . وليست التي في ذلك أعاد المخصوص والموضوع والسبب في الدعويين ، وإنما هي في الواقع توافر الضمانات المتخفة التي قررهما الشارع في الدعاوى الجنائية ابتداء الوصول إلى الحقيقة لا رتبها بالأرواح والمخريف — الأمر الذي تأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد ، مما يقتضي أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتماً ألا تكون هذه الأحكام عرضة في أي وقت لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه ، حتى لا يجر ذلك إلى تخطئها من جانب أية جهتين جهات القضاء . وإذا كان غايى التمارس على الوجه للتقدم =

فمن التعارض ما بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسايرة لتلك ، هو الذى أمل القاعدة التى تقضى بأن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى . لذلك لا تشترط فى تطبيق القاعدة لا وحدة المحكوم ولا وحدة الموضوع ولا وحدة السبب ، وإنما تشترط شروط ثلاثة أخرى ، هى التى تنتقل الآن إليها .

٦٣٢- شروط القاطعة - الشرط الأول أنه يكون المطلوب تغييره هو

القضاء المدنى : فالقضاء الجنائى هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة ، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله يكون قد حاز قوة الشيء المقضى ، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة فى المحكوم ووحدة فى الموضوع ووحدة فى السبب . والذى يتقيد بالقضاء الجنائى هو القضاء المدنى بمعناه الواسع ، فيشمل القضاء المدنى والقضاء التجارى ، بل والقضاء الإدارى .

٦٣٣- الشرط الثانى أنه يكون الحكم الذى يتغيره القاضى المدنى هو

حكم جنائى : ويمكن أن يكون الحكم الجنائى صادراً من أية جهة قضائية جنائية ، حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء العسكرى . ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى صادراً فى الموضوع ، لا حكماً تحضيرياً

== هو الذى فى محرر جنية الحكم الجنائى فى الدعوى المدنية التعلق موضوعها به ، فإن جريمة الإقراض بالربا لا تختلف فى هذا الصدد عن غيرها من الجرائم لتوافر هذه العلة فيها من أياً - فالحكم الجنائى الصادر على المتهم فى جريمة الاعتداء على الإقراض بفوائد ربوية يكون ملزماً للقاضى المدنى فيما أتت به خاتمة الأمر التى حصل الإقراض بها ، لأن مقدار الفائدة عنصر أساسى فى هذه الجريمة ، وإذا أيسر للقاضى المدنى إعادة النظر فيه لجزأ أن يؤدى ذلك إلى وجود التناقض بين الحكمين للمدنى والجنائى فى أمر هو من مستلزمات الإدانة . وكذلك يكون ملزماً له فيما أتت به عن وثائق الإقراض لتعلق هذه الوثائق أيضاً - بها كان عددها - بالإدانة ، إذ القانون لم ينص على عدد المرات التى تكون الاعتداء ، الأمر الذى يستوجب أن تكون التهمة التى حصل القالب عليها متضمنة جميع الأفعال الداخلة فى الجريمة حتى وقت المحاكمة (حتى مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ من ١٩٢ - وتطبيق الكنتور سليمان مرعى فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ من ١٩٦ - من ١٩٨) .

وقضت كذلك بأنه إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عهد ، فليقول نوع التزويره فهذا الحكم يحول بطلان دون نظر دعوى تزوير هذا العهد التى يرفعها بصفة فرعية من كان مدعياً يلحق المدنى فى وجه التمسك بالعهد الذى كان متهماً فى الدعوى الجنائية (حتى مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٦ من ١٩٦) .

ولا حكماً تمهيدياً ولا أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائي ولا قراراً صادراً من النيابة العامة (١). ويجب أن يكون حكماً نهائياً .

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده . إذ لو كان الحكم المدني سابقاً ، واستقرت به حقوق الطرفين ، لم يميز المماس به بسبب حكم جنائي يصدر بعده . ولا يقل - كما تقول محكمة النقض - أن ينشأ على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (٢).

والذي يقع كثيراً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني ، وذلك بفضل القاعدة التي تقضي بأن الدعوى الجنائية تقف من سير

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قرار المحظ الذي تصدره النيابة العامة إذا كان سببه ، سواء لأنها قدوت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ منها كانت صورة أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بينه غير صحيح أو لم يتم عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر التقضي قبل الضرور بالحادث ، فلا يجوز منه ومن الدعوى المدنية يتم فيها الدليل على الخطأ ونسبه إلى المدعى عليه فيها (قضى مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الطعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بالحكم الجنائي أمام القضاء المدني على أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني لا لاحقاً له ، إذ بعد استعراول المحقوق بين الطرفين بحكم نهائي مدني لا يصح للمماس بها بسبب حكم جنائي يصدر بعده . وعلى ذلك لما فصل في نزاع من محكمة مدنية ، ثم تغير هذا النزاع أمام محكمة مدنية أخرى وأخذت هذه المحكمة بحكم المحكمة المدنية الأولى في حق من صدر بينهم الحكم ، لأنها لا تكون أخطاء في تطبيق القانون ، ولو كان قد صدر بين الحكامين حكم جنائي مخالف للحكم الأول (قضى مدني في ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٦ ص ٣٧٦ : كان الحكم الأول قد صدر نهائياً بين المشتري والبائع بصورة البيع بناء على ورقة ضد ادعى البائع صدورها من المشتري ، فادعى هذا ضرورها وقضى برفض دعواه . ثم لاقتضت المحكمة الجنائية بإعادة التهم بتزوير ورقة الضد ، لمن المشتري في حكم المحكمة المدنية بالتماس إعادة النظر بناء على صدور الحكم الجنائي ، ولكن المحكمة المدنية قضت برفض التماس . وبعد الحكم الجنائي - ولكن قبل الحكم في التماس - باع المشتري المظروف آخر ، ورفض المشتري الثاني بعد الحكم في التماس دعواه على البائع بملكية للبيع ، قضى في هذه الدعوى المدنية الثانية برفضها بناء على الحكم الأول الصادر بصحة ورقة الضد) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن على التمسك بأن المحكمة المدنية تكون ملزمة بما قضى به الحكم الجنائي هو أن يكون هذا الحكم صادراً قبل الفصل في الدعوى المدنية لا بعده . فإذا كان الحكم في الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائي فلا عمل فله ، إذ لا يقل أن ينشأ على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (قضى مدني في ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥)

الدعوى المدنية . فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، وجب أن توقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية . وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائي النهائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني ، ليتقيد هذا به (١) . ذلك ما تنص به قاعدة وقف الدعوى المدنية ، وهذه هي الحكمة المتوخاة منها . ويندر أن يسبق الحكم المدني الحكم الجنائي ، ولا يتحقق هنا إلا إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية وفصل فيها نهائياً قبل رفع الدعوى الجنائية . وفي هذه الحالة لا يتقيد الحكم المدني بالحكم الجنائي كما قلنا .

يقى أن نواجه فرضاً هو الذى يقع في الغالب من الأحوال : أن ترفع الدعوى الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية . في هذا الفرض يصدر حكم واحد في الدعويين ، فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائي الحكم المدني ، وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقيد الحكم المدني بالحكم الجنائي ، والقاضي الجنائي الذى يصدر هذا الحكم الواحد يتقيد طبعاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه ، وبهذا يتحقق الانسجام فلا ما بين الجزء الجنائي والجزء المدني . فإذا وقع أن تعارضا ، كان هذا سبباً للطعن بالنقض في الحكم (٢) .

٦٣٤- الشرط الثالث أنه يكون ما يتغير به القاضي المدني هو الوقائع

التي فصل فيها الحكم الجنائي ولله فصل فيها ضرورياً : وهذا هو أدق الشروط

(١) ويجوز للنقض الذى يتسك بالحكم الجنائي ليقيد به القاضي المدني أن يقدم صورة منه ، بل يجوز لقاضي المدني من تلقاء نفسه أن يأمر بضم هذه الصورة حتى يعرف مدى الحكم الذى يجب عليه أن يتقيد به ، لأن هنا يختبر من النظام العلم ، لقاضي أن يراعيه ولو لم تقلبه المصوم .

(٢) فإذا صدر حكم واحد في الدعويين الجنائية والمدنية ، واستؤثف الحكم في شقة المدني دون الجنائي ، لم يجوز أن يقال إن الحكم الجنائي قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدني ، فيجب أن يتقيد هذا بذلك . ذلك أن الاستئناف يمد القضية في جميع نواحيها إلى ما كانت عليه في الحدود التي استؤثف فيها الحكم ، ومنع الاستئناف من أن يصحح الحكم نهائياً ، حتى في الشيء الذى لم يتأثف ، من حيث المصالح التي ظلت عن طريق الاستئناف باقية في المصومة (مازو ٢٠٩٠٩) . فمحكمة الاستئناف إذن أن تقرر الحكم بالتعويض لصلحة المصوم الذى حكم القاضي الابتدائي بإدانته وأصبحت الإدانة نهائية بعدم استئنافها ، كما لا أن تحكم بالتعويض على المصوم عليه الذى حكم القاضي الابتدائي براءته وأصبحت البراءة نهائية بعدم استئنافها .

الثلاثة ، لذلك تكفل نص المادة ٤٠٦ بذكره. فالقاضي المدني يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائي من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائي . فهذان أمران تنولى بمجهما .

(أولاً) يتقيد القاضي المدني بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع دون القانون . فلا يتقيد بالتكييف القانوني الذي اتبعه القاضي الجنائي لهذه الوقائع من الناحية الجنائية . مثل ذلك أن يحكم القاضي الجنائي ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التي ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه ، فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف الجنائي ، بل عليه أن يلزم التكييف المدني وهو يختلف عن التكييف الأول ، فالخطأ المدني هنا مفروض في جانب السائق ، ويحكم القاضي المدني بتعريض على السائق الذي حكم القاضي الجنائي ببراءته (١).

(ثانياً) ولا يتقيد القاضي المدني بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائي . فليس يتقيد القاضي المدني بجميع الوقائع التي عرض لها الحكم الجنائي وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائي ، بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائي ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضي المدني مهما أكله القاضي الجنائي . ونستعرض الفرضين المحتملين في تطبيق هذه القاعدة الدقيقة: (١) أن يصدر حكم جنائي بالإدانة (٢) أو يصدر بالبراءة .

١ - حكم جنائي بالإدانة (٢) : إذا سكت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم

(١) أنظر في أن الحكم الجنائي بالبراءة لا يمنع من المسؤولية المدنية : حنفي جنائي في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ الدوايح ٢ رقم ١٠٩ ص ١١١ - وفي ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجلد ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المجلد ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٣١ المجلد ١٢ رقم ١٥٣ ص ٢٨٥ .

(٢) حتى لو صدر عن المجرع أو عن القوة ، فإن الضرر إنما يزيل الأثر الجنائي دون الأثر المدني .

يتمرض له لا بإثبات ولا بنفى ، كان القاضى الملقى حراً غير مقيد فى هذا الخصوص ، فله أن يثبت فى حكمه الملقى وقوع الضرر أو عدم وقوعه ، وإذا أثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع . أما إذا عرض الحكم الجنائى لركن الضرر فأنكر وقوعه ، لم يتقيد القاضى الملقى بهذا إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى . فإذا قال القاضى الجنائى فى حكمه إن ضرراً ما لم يقع على المجنى عليه ، ولم يكن وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، لم يتقيد القاضى الملقى بما قاله القاضى الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى والملقى ، لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى صحيحاً . وإذا حكم القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع ، وبنى على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام . تقيد القاضى الملقى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع . لأن هذا يتعارض مع الحكم الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم الملقى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على أن الجريمة شروع لا فعل تام . يبقى أن يمرض الحكم الجنائى لركن الضرر فيثبت وقوعه . فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى ، كالحكم فى مخالفة من مخالقات المرور ، لم يتقيد القاضى الملقى بالحكم الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع ، لأنه حتى لو صح هذا لم يهدم الحكم الجنائى . وإن كان وقوع الضرر مؤثراً فى الحكم الجنائى . كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل ، تقيد القاضى الملقى بأن القتل قد وقع . ولا يستطيع أن يبنى فى حكمه هذه الواقعة . وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم الجنائى ، تقيد به القاضى الملقى ، كما إذا أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص تحت سلطة المهتم ، فلا يستطيع القاضى الملقى أن يثبت فى حكمه غير ذلك . لأن الحكم الجنائى يتأثر بهذا التعارض ، فإن كون المجنى عليه هو زوج المهمة أعنى هذه من عقوبة السرقة . وكون المجنى عليها هى تحت سلطة المهتم شدد من عقوبة هتك العرض . وإذا عرض القاضى الجنائى للضرر من حيث طبيعته أو من حيث مقدارها ، فإن هذا لا يؤثر عادة فى الحكم الجنائى ، فلا يتقيد به القاضى الملقى . أما إذا أثر . كان أثبت القاضى الجنائى

أن الضرر هو عاة مستدعة أو أثبت أن الجرح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً . تقيد القاضى المدنى بذلك ، لأن العاة المستدعة قلبت الجنحة إلى جناية . ولأن الجرح إذا أعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً استوجب عقوبة أشد .

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ ، فإن الحكم الجنائى القاضى بالإدانة يكون قد عرض له حتماً وأثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة . فيتقيد القاضى المدنى فى حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية . ذلك أن كل خطأ جنائى هو فى الوقت ذاته خطأ مدنى ، ولا عكس (١) . وإذا كان قد يقع أن الخطأ الجنائى - وهو فى الوقت ذاته خطأ مدنى - كما قلنا - لا يحدث ضرراً ، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع فى الجرائم . فلا تتحقق المسؤولية المدنية . فإن ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائى ليس بخطأ مدنى ، بل يرجع إلى أن ركناً من أركان المسؤولية التقديرية لم يرقم وهو ركن الضرر . كذلك يتقيد القاضى المدنى بما أثبتته الحكم الجنائى من الخطأ ، لا فى ركنه المادى فحسب ، بل أيضاً فى ركنه المعنوى . فإذا قال الحكم الجنائى إن المهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه ، لم يميز للقاضى المدنى أن يبنى المسؤولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو نحو ذلك . أما بيان جسامه الخطأ فى الحكم الجنائى فيقيد القاضى المدنى أو لا يقيد وفقاً لما إذا كانت هذه الجسامه ضرورية لقيام الحكم الجنائى أو غير ضرورية . فإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه عمد أو غير عمد ، فإن القاضى المدنى يتقيد بهذا الوصف ، لأن وصف الخطأ الجنائى بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر فى الحكم الجنائى وإن أثر فى تقدير العقوبة ، فلا يتقيد به القاضى المدنى ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتماً الخطأ الجسيم من الناحية المدنية .

أما ركن السببية ، فإن أثبت الحكم الجنائى أنه موجود أو غير موجود ، فكأنما أثبت أن الضرر قائم أو غير قائم . ويكون الأمر أمر حكم جنائى أثبت

(١) لذلك لا يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى الذى يبنى الخطأ الجنائى رضى بالبرامة ، إذ يجوز أن يكون من الخطأ مدنى دون أن يوجد خطأ جنائى ، وسأأتى ذكر ذلك .

قيام الضرر أو عدم قيامه، وقد مر بنا تفصيل ذلك . وإذا أثبت الحكم الجنائي أن هناك سبباً أجنبياً بنى رابطة السببية، فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم. ولكن إذا جعل الحكم الجنائي هذا السبب الأجنبي داعياً لتقسيم التعويض بين المسئول والمصاب والغير ، وفقاً للقواعد التي مر ذكرها ، لم يكن القاضي المدني مقيداً بهذا التقسيم ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي .

٢ - حكم جنائي بالبراءة : كذلك إذا صدر حكم جنائي ببراءة المتهم ، فإن ما ورد في هذا الحكم مما يعد ضرورياً لقيامه بقيد القاضي المدني . ولا يتقيد هذا بما ورد في الحكم الجنائي إذا لم يكن ضرورياً . فإذا أثبت الحكم القاضي بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه ولكنه برأ المتهم ، فإن ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضي المدني ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي بالبراءة . وإذا أنكر الحكم الجنائي وقوع الضرر ، فليس هذا مؤثراً في قيامه ، لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضي المدني بذلك . على أنه قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، كجريمة القتل بإهمال أو الضرب الذي أفضى إلى الموت ، فإذا أنكر الحكم الجنائي القاضي بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فإن هذا يقيد القاضي المدني .

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه ، في أحد ركنيه المادي أو المعنوي أو في ركنيه جميعاً ، فإن القاضي المدني يتقيد بما ورد من ذلك في الحكم الجنائي . فإذا قال هذا الحكم إن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه في مادته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ، ففي كل هذه الأحوال يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي ، ولا يستطيع أن يقول إن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكره أو لأنه لم يكن في حالة دفاع شرعي (١) . ولكن ذلك لا يعني أن القاضي المدني

(١) وكذلك إذا قضى الحكم الجنائي بالإدانة وقال إن المتهم ارتكب الخطأ المنسوب إليه وأنه مسئول ، فلا يستطيع القاضي المدني أن يقول إنه لم يرتكب الخطأ أو إنه ارتكبه ولكنه غير مسئول عنه .

هنا وتخلف الملة التي نحن بسعدنا عن حالة ما إذا رقت الدعوى الجنائية والمدنية معاً أتم المحكمة الجنائية، ونقض بالبراءة في الدعوى الجنائية ورفض طلب التوبى في الدعوى =

بتقيد بالتكليف الجنائي للوقائع التي أثبتتها المحكم الجنائي . فقد يرى القاضى الجنائى أن المتهم غير مدان لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ جنائى يعطيه مستولا عن القتل بإعمال وهى الجريمة التى نسبت إليه ، ولكن القاضى المدنى قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطأ مدنى مفروض فى جانبه (١).

المدنية ، واستؤقت المحكم المدنى دون المحكم الجنائى . فقد قلنا (أنظر آخراًقرة ١٢٢ فى الملتقى) أنه لا يجوز أن يقال إن المحكم الجنائى قد أصبح نهائياً وقد سبق المحكم المدنى فيجب أن يتقيد هذا بذلك . فالمحكم المدنى فى هذه الحالة قد قضى بالتعويض مع قيام حكم البراءة . وقد قضت محكمة النفس فى هذا المثل بأنه إذا رُفع المدعى المدنى دعواه مباشرة ضد المتهم لفضله إليه عتاه طالباً عقابه والمحكم عليه بتعويض ، ثم قضت المحكمة ببراءة المتهم ورفض دعوى التعويض ، فاستأنف المدعى ولم تستأنف النيابة ، فأيد المحكم استئنافياً ، فظن بطريق النفس ، فرفض المحكم ، ثم أعيدت المحاكمة ، فرفض على التمه بالتعويض عملاً بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، فلا يصح على المتهم أن يرمى على المحكمة أنها فى حكمها قد ترضت لإثبات واقعة القذف ولا أنها أخلت بالتعويض على تينك المادتين المذكورتين ، وذلك (أولاً) لأن المحكمة لما بل عليها أن ترض لإثبات تلك الواقعة ما دلت تحصل فى طلب التعويض عن الضرر المدعى حصوله منها ، ولا يمكن أن يحول دون ذلك عدم إمكان المحكم لأى سبب من الأسباب بالقوة على التمه ما دلت الدعوى المدنية والجنائية كاتما مرفوعتين معاً ألم المحكم الجنائية ، وما دام المدعى بالمحق المدنى قد استمر فى السير فى دعواه المدنية ، مما لا يصح منه القول بأن المحكم فى الدعوى الجنائية بسبب عدم الظن فيه من البراءة السومية قد حاز قوة الدعى المحكوم فيه بالنسبة إليه ، (وثانياً) لأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتين ١٥٠ و ١٥١ مدنى (القديم) ولو كان الفصل الضار يكون جريمة يخضع قانون العقوبات (نفس جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ العطلة ٢٧ رقم ٢١٣ ص ٥١٦).

(١) وقد قضت محكمة النفس بأنه إذا اتهم شخص بأنه أجرى إنشاء سور خشبى خروج عن خط التنظيم ودخل فى الملك العلم ، وقضت المحكمة ببراءته قائلة إنه لم يثبت لها من عنصر المخالفة ولا من جواب البلدية أن الأرض موضوع المخالفة قد صار تزعم ملكيتها فلاحق يمكن أن تجبر من التنازع البلية وأن التمه قدم صورة عقد ملكية مسجل ألخ ، وأنه إذا كان الركن الأساسى للجريمة فى تلك المخالفة هو كون السور خارجاً عن خط التنظيم ودخلاً فى الملك العلم ، ولم يثبت للبلدية أن الأرض التى أقيم فيها السور من التنازع البلية فيكون ركن الجريمة هذا غير متحقق وحينئذ يترتب براءة المتهم من المخالفة دون حاجة إلى الفصل فى مسألة ملكية شخص معين بلقات تلك الأرض — إذا كان ذلك كذلك فإن كل ما يفيد حكم البراءة هذا واضح الاحتجاج به فى صدده إنما هو أن الأرض موضوع النزاع لم تكن فى يوم المخالفة من التنازع البلية . وإن كان هذا ما طرح النزاع فى شأن ملكية هذه الأرض بعد ذلك على المحكمة المدنية ، وحسنت بالملكية لتبر المخالف المحكوم ببراءته ، فإنه لا يمكن القول بأن حكمها هذا يكون مخالفاً لحكم البراءة فى المخالفة (نفس مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥٥ ص ٥١٣) .

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة وجود السببية أو انعدامها . فكأنما أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، فتتبع الأحكام التي قلعتها في هذه المسألة . وكذلك إذا أثبت الحكم الجنائي وجود سبب أجنبي بين السببية فكأنما أثبت عدم قيام الضرر . ولكن إذا أثبت أن السبب الأجنبي من شأنه أن يقسم التعويض ما بين المسئول والمصاب والغير . فهذا التقسيم ، وهو غير ضروري لقيام الحكم الجنائي - لا يقيد القاضي المدني .

المطلب الرابع

الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

وطرق الطعن فيه (وبخاصة طريق الطعن بالنقض)

٦٣٥- مآلاته : بعد أن حددنا طرق الخصومة في دعوى المسؤولية ، والطلبات التي يقدم بها المدعى والدفع التي يرد بها المدعى عليه الدعوى ، وكيف تثبت هذه الطلبات والدفع ، بين أن نتكلم في الحكم الذي يصدر في

= وقضت محكمة الاستئناف المختصة بأن الحكم الجنائي الصادر ببراءة التهم بإخفاء أشياء مسروقة لا يمنع من المسك عليه بصورتي العجز عليه في جريمة السرقة ، إذا كان المتهم قد ارتكب في القليل إلا بجبهته بضاعة من شخص لا يتجر في مثلها دون أن يستعلم منه عن مصدر هذه البضاعة (استئناف مخطط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١٥٦ - أنظر أيضاً في أن الحكم الجنائي بالبراءة لا يقيد القضاء المدني في الحكم بالتعويض : استئناف مخطط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٣٦٧ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٢٢٩) . هذا وإذا تعامل الخطأ الجنائي والخطأ المدني ، كانت نتيجة التهم من الخطأ الجنائي مائة من الحكم عليه بالتعويض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم الجنائي ببراءة ملكه الطائر الذي كان متبهاً بأنه مع عليه بوجود خلل في البليكون لم يرمه وتجب بفك في إصابة أحد السكان ، وكان سبب البراءة هو عدم وقوع خطأ من جانبه إذ هو كان قد قام بإصلاح البليكون فلا ، فإن هذا الحكم يمنع القاضي المدني من أن يمنح للمدعى التعويض بوقوع الخطأ الذي قضى بانتفائه (عش مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ م ٢٥ - وبلاط أن الحكم الجنائي هنا إذا منع الحكم بالتعويض عن خطأ كان لا بد من إثباته في جانب ملك البناء وفقاً لقانون المدن القديم ، فإنه لا يمنع الحكم بالتعويض عن خطأ مفروض في جانب ملك البناء وفقاً لقانون ١٢٧ من القانون المدني الجديد) .

أنظر في هذا الموضوع تعليق الدكتور سليمان مرسي في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ م

الدعوى لنرى : (١) ما هي طرق الطعن التي توجه إليه (٢) وما هي الآثار التي ترتب عليه .

١٤ - طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

٦٣٦- طرق الطعن بوجه عام : لا يختلف الحكم الصادر في دعوى المسؤولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فهو إذا صدر غيباً قبل الطعن فيه بطريق المعارضة . وإذا صدر من محكمة الدرجة الأولى قبل الطعن فيه بطريق الاستئناف .

أما طرق الطعن غير العادية فهي النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذي يتعدى إليه الحكم ولا كلام في الطريقتين الأخيرتين ، إذ تطبق في شأنهما الأحكام المروقة في قانون المرافعات .

٦٣٧- الطعن بطريق النقض : وكذلك الطعن بطريق النقض ، فإنه هو أيضاً تنبع في شأنه أحكامه المروقة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم لا طلبات جديدة (demandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moyens nouveaux) ، بخلاف محكمة الاستئناف فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات. ومن ثم لا يجوز الاستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التصريحي المفترض أو الخطأ العقدي ، إذا كان المدعى قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التصريحي الثابت. ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف في الرأي يبناه فيما تقدم (١) .

يقى أن نجد هنا - وكنا قد أشرنا إلى ذلك في أماكن متفرقة - ما هو الواقع الذي لا يجوز لمحكمة النقض أن تعقب عليه وما هو القانون الذي يخضع لرقابتها في شأن أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

١ - الخطأ : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التي يقدمها المدعى لإثبات ركن الخطأ ، وما صرح منها وقوعه وما لم يصح . أما التكييف القانوني لما صرح وقوعه عند محكمة الموضوع ،

وهل هذه الوقائع يصح أن توصف بأنها خطأ (١) ، وهل هذا الخطأ تفصيلي أو عقدي ، وإذا كان تفصيلياً هل هو عمد أو جسيم أو يسير ، وهل يمكن أن يكون مفترضاً أو يجب إثباته ، وهل إذا كان مفترضاً يجوز إثبات العكس أو لا يجوز ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوي متوافراً في الخطأ ، وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يجعل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعلم الخطأ كالدفاع الشرعي وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة ، ومتى يكون الشخص المعنوي مسئولاً عن الخطأ ، وفي أي الأحوال يوجد التصف في استعمال الحق . ويمكن القول بوجه عام إن جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض إلا ما تسجله محكمة الموضوع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تكليف وقائع التضرر الناتجة بأنها خطأ يخضع لرقابة محكمة النقض (نفس مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤) . وقضت أيضاً بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا يحق تقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناتج ارتباطاً باللبب بالسبب والمعلول بالعلل ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهذا كله من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض . فإذا قضى حكم على وزارة الداخلية بالتعويض لورثة شخص سقط عليه مثذبة جلع فقتله ، مستنداً إلى وقوع خطأ من جانب أحد الأقسام في تنفيذ إشارة مهندس التنظيم البلدة لهذا القسم لمح المرور أمام ذلك المبلغ خفية من سقوط مثذته لوجود خلل بها ، إذ القسم لم يطلق الحواشيت الخاصة للسجد ولم يمنع المرور من الشارع مناصاً كلياً ، وكانت إشارة المهندس غير مطلوب فيها إغلاق الحواشيت ولا منصوص فيها على منع المرور من الشارع مناصاً كلياً ، وثبت أن البوليس قام بتنفيذ ما طلب منه في حدود نص الإشارة وفي حدود العقول ، فالقضاء بالتعويض استناداً إلى وقوع خطأ من البوليس مخالف للقانون (نفس مدني ١١ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠ - ونلاحظ أنه إذا كان لمحكمة النقض أن ترافق محكمة الموضوع في تكييفها الأعمال الصادرة من المدعى عليه بأنها خطأ ، فهي في ذلك تقدم تطبيق مبداء الخطأ . ولذا صح أن البوليس لم يخطئ إذ قام بتنفيذ ما طلب منه في حدود نص الإشارة وفي حدود العقول ، أي أنه لم يخالف عن الواجب المألوف للخصم العادي في الظروف الخارجية التي وجد فيها ، فهنس التنظيم قد أخطأ بعدم النص في الإشارة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة للوقاية من خطر سقوط المثذبة ، فأعترف بذلك عن الواجب المألوف للخصم العادي ، وتكون الحكومة على كل حال مسئولة عن خطأ مهندس التنظيم) .

من الوقائع المادية في هذا الشأن (١) .

٢ - الضرر : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر . فإذا قررت أن المدعي قد كسر له ضلع أو أن سيارته قد تلفت أو أن منزله قد حرق ، فلا تعقيب لمحكمة النقض على صحة هذه الوقائع في ذاتها (٢) . أما تكييفها القانوني ، وهل تكني لتكوين ركن الضرر ،

(١) ويجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها في الحكم ، ولا كان حكمها بإطلاق لصور أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب على المحكمة عند القضاء بتوضيح يدعي ترتبه على إجراءات كيدية ضرورة أن تثبت في حكمها أركان الخطأ للتوجيه لتوضيح تطبيقاً للمادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) ، وإلا كان حكمها بإطلاق لصور أسبابه (قضى مدني في ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ س ١١١٩) . وقضت أيضاً بأنه متى أثبتت المحكمة الأفعال التي صدرت من شخص ما (فرداً كان أو شخصاً معنوياً) واعتبرها متعلقة بنفسها يبين اتصال الأسباب بالتأثير ، ثم وصف هذه الأفعال بأنها أفعال خاطئة قد ألحقت ضرراً بشخص ما ، واعتبر من صدرت منه تلك الأفعال مشغولاً عن الضرر الذي نفا عنها ، فلا مخالفة في ذلك للقانون . وإذا ما حل الحكم مصلحة الآثار مشغولة خطأ ما في سحبها من متجر بالآثار رخصته ، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متبرراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، ولزقة اللوحة الملصقة على عمل تجارته الخ . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من الأضرار ، فضاؤه بذلك صحيح قانوناً (قضى مدني في ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٤٥ س ١٠٩١) . وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم . وقضت كذلك بأنه إذا اتهم الحكم المحدث الضرر سبباً تخمينياً لا يمكن استخلاصه عقلاً من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة ، فيتبين تحفه (قضى مدني في ٧ مارس سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ س ٦٣٠ : وقد جاء في أسباب الحكم ما يأتي : وحيث إن قول الحكم المطعون فيه إن الفعل الصادر في هذه الدعوى هو اختلات سير البريمة في آلة بخارية عن موضعه بمحرك عتيق غالية ، وأن هذا الاختلات النيف النيفاني لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب في اختلالها تخمين صاحبها في صيانتها هو قول لا مصدر له في محضر ضبط الواقعة ، إذ لم يرد به في أي موضع منه أن السبب اختلت أصلاً بصف أو بغير عند ، وأن علة اختلاته هي الخلل ، بل الذي جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم المطعون فيه ... وأقضى ما يصح استنتاجه عقلاً ... أن سير التريال لم يكن في موضعه الطبيعي ، وأن التوقف حاول رده إلى موضعه ، فصد السبب بغير أن يوقف الآلات ، فأصيب ... كل ذلك جاء دالاً على ألا اختلات لسير البريمة ولا عمل لفطن بأن تلك اختلاتاً ، ولا أن علة هذا الاختلات هي الخلل في الآلات — وترى محكمة النقض في هذا الحكم تتعدد كثيراً في استخلاص الخطأ من الوقائع الثابتة) .

(٢) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذي أصاب المدعي ، وإلا اعتبر التعقيب طعناً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم بتوضيح على شخص لعدم تقديمه عقد =

وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبي ، وهل يجب تعويضه ، كل هذه من مسائل القانون . وتقدير الضرر ، وتعيين طريقة تعويضه . وتحديد المبلغ اللازم للتعويض إذا كان التعويض قدماً ، كل هذه من مسائل الواقع لا تعقب عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التعويض بالنسبة والتي يوجبها القانون على المسئول والمضروب والغير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

٣ - السببية : ولا عقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التي

=إجادة مودعا فيه لل شريك في إجادة ، دون أن يبين وجه الضرر الذي لحق بالمحكوم له بالتعويض ، مع أن المحكوم عليه لحق أي ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير سبب فيما أوجبه من التعويض وتبين منه (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(١) وقد فسدت محكمة النقض بأن تقدير التعويض عن الضرر أمر مفروض لرأي محكمة الموضوع ، فهي إذ تقدر تعويض الضرر للقرتب على دفاع كيدي ، وتبين كيفية تقديرها له ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد اعتبرت في ذلك على أساس سقوط (نقض مدني في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢ ص ٢٨) . ونقضت بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فلذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من التصد بتوريد الأغذية لأحد اللاجئين هو «أمر خطير فيه تعرض لصحة اللاجئين فضلاً عما فيه من إفساد للمستضعفين للوكول إليهم حياتهم والحفاظة على سلامتهم» ، ثم رأت أن التعويض الصروط في عقد التوريد عن هذا الفصل متناسب وغير جائر ، لحكت بإلزام التصد به ، فلا عقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدني في ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٤١ ص ١٢٢) . ونقضت أيضاً بأنه من كانت المحكمة قد قدرت التعويض على أساس ما أثبتته على الحكم عليه من الخطأ في عدوله عن الصفة التي كان الزاد فيها قد رسا عليه ، وما أثبتته على الحكم له ذاته من تباطؤ وتراخ في إبلاغ رسو الزاد في الوقت المناسب لل الراسي عليه ، وما كانت عليه الأسطر من تطلبت في الفترة ما بين الزاد الأول وللزاد الثاني الذي كان طلب التعويض على أساس نفس المثل فيه ، فإنها تكون قد بينت أساس التعويض للنقض به ، وهذا يكن لسلامة الحكم . أما قضية التعويض فتروكة للحلطة للمحكمة تدمرها على وفق ما تراه (نقض مدني في ٤ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٤٧٣) . ونقضت كذلك بأن التعويض يقدّر بقدر الضرر ، وإن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التي يبتذل بها نفس الموضوع ، فإن تعيين الناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تيسر عليها محكمة النقض ، لأن هذا التيسر من قبيل التكييف القانوني للواقع (نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

يستغاد منها قيام علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (١). أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية ، وهل هي كافية لإيجاد علاقة السببية ، وما هو السبب الأجنبي الذي تنقضي معه هذه العلاقة ، وما هي الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث المفاجيء ، وهل هناك فرق ما بين السببين ، وما الأثر الذي يترتب على فعل المضرور وفعل الغير في تحديد مسئولية المدمي عليه ، وما الحكم إذا تعددت الأسباب ، وماذا يترتب على تعاقب الأضرار ، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

خلاصة ما تقدم : ويمكن القول بوجه عام إن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة للمسئولية ، من خطأ وضرر وسببية ، لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع ، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل في المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا .

٢٤- الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسئولية

٦٣٨- الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض - نشوء الحق في

التعويض من وقوع الضرر : مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر في دعوى المسئولية . فالحكم ليس إلا مقررًا لحق الحق ، لا منشأ له . وحق المضرور في التعويض إنما نشأ من العمل غير المشروع الذي أتاه المسئول . فترتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسئولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ ، فإن الضرر إذا تراخى عن الخطأ لم تتوافر أركان المسئولية إلا بوقوعه ، ومن هذا الوقت لا قبله بتحقيق المسئولية في ذمة المسئول ويترتب حق المضرور في التعويض (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالواقع . فلا يخضع معنى الموضوع في فهمه له لرقابة محكمة النقض ، إلا أن يشوب عليه عيب (قضى مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ من ٥٦٥) .
(٢) أظهر في هذا المسألة : استئناف سخط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ من ٢١٦ من ٢٤٦ - =

ونشوء الحق في التعويض وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم له أهمية عملية من وجوه كثيرة، نذكر منها الوجوه الآتية :

أولاً - يجوز للمضروب أن يتصرف في حقه ، أو أن يتصرف بمقتضى هذا الحق ، من وقت وقوع الضرر . ولا حاجة به إلى انتظار الحكم . فله من وقت وقوع الضرر أن يحول حقه إلى الغير . وأن يوقع حجزاً تحت يد مدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل المضروب في التفضيلة ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته كان للمضروب حق الرجوع على شركة التأمين حتى لو وجد ما بين وقوع الضرر وصدر الحكم ما يستوجب سقوط الحق في التأمين

ثانياً - يسرى التقادم في دعوى المسئولية ، لا من وقت صدور الحكم ، بل من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه على التفصيل الذي قدمناه .

ثالثاً - للمضروب . إلى جانب التعويض الأصلي ، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر . ولا يتوقف هذا الحق على الإعذار لأن الإعذار لا ضرورة له إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ولا يتوقف على صدور الحكم لأن الحق في التعويض الأصلي قد نشأ من وقت وقوع الضرر . ولكن لما كان التعويض الأصلي قبل صدور الحكم غير معلوم المقدار . فهناك رأى يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفوائد القانونية . فإن تطبيق هذه الأحكام يقتضي أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقتضي بأن القاضي لا يحكم بتعويض عن التأخير إلا إذا طلب المضروب ذلك وأثبت الضرر

وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ١٥٧ ص ١٥٨ . وتحتى محكمة النقض الفرنسية بترتيب الحق في التعويض من وقت الحكم (انظر في هذا الصفاء وفي مقدمه ملزو ٣ قرة ٢٢٥٣ - نبرة ٢٢٦٠ - وانظر في هذا الحق أيضاً من أن الحق في التعويض لا ينشأ إلا من وقت الحكم التهازل محكمة الاستئناف الرطبة في ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٧ ص ٢٠٦) .

هذا وقد ينشأ الحق في التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك في حالة ما إذا كان هذا الضرر سبباً ولكنه محقق . فقد رأينا فيما قدمناه أن الحق في التعويض ينشأ منذ وقوع الخطأ من ضرر مستعمل علق الوقوع .

الذى أصابه من التأخير. ومهما يكن من أمر فإن الذى يقع فى الغالب أن القاضى يقدر مبلغاً من التتود تعويضاً عن الضرر، ويدخل فى تقديره النوعان من الضرر: الضرر الأصلى الناشئ عن خطأ المسئول. والضرر الناشئ عن التأخير فى دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم. فيجمع التعويض فى مبلغ واحد (١)

٦٣٩- الحكم بقوم الحق فى التعويض ويقويه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض، إلا أن له منذ صدوره أثراً محسوساً فى هذا الحق. فقد كان الحق قبل صدور الحكم حقاً غير مقوم، فأصبح بالحكم مقوماً. ويطلب أن يقدر بمبلغ معين من التتود.

ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق. بل هو أيضاً يقويه من الوجوه الآتية :
(١) يصبح الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ من القانون الملقى الجديد على أنه « إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ». (٢) يجوز للضرور، وقد أصبح يبلد حكم واجب التنفيذ. أن يحصل على حق اختصاص بقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والقوائد والمصرفات. (٣) يكون الحق فى التعويض بعد صدور الحكم الهائى قابلاً للتنفيذ به على أموال المدين.

(١) استئناف مخطوط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ - وفى ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ - وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ - فرن استئناف مخطوط فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٣.

هذا ويتفق بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم، ويعنى للضرور أن يطلب دعوى جديدة، فيقضى له بالمر القانونى للقوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة. وقد يطلب للضرور فى الدعوى الأصلية المسك بقوائد سم مبلغ التعويض الأصل، فيقضى له بالمر القانونى للقوائد من وقت صدور المسك فى الدعوى الأصلية، ومن ثم لا يحتاج للرفع دعوى جديدة بقوائد التأخير.

المبحث الثاني

جزاء المسؤولية (*)

(التعويض)

٦٤٠- صورته للتعويض : جزاء المسؤولية هو التعويض ، وهذا الجزء إما أن يقوم في صورته العادية للألوة ، وإما أن تتوره ملاسات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معلة .
ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

الطلب الأول

التعويض في صورته العادية للألوة

٦٤١- طريقة التعويض كيفية تحرره : نبأ أمرين : (١) كيف يعين القاضي طريقة التعويض (mode de réparation) (٢) وكيف يقدر القاضي مدى التعويض (évaluation des dommages-intérêts) .

١٥- طريقة التعويض

٦٤٢- التصرف القانوني : تنص المادة ١٧١ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(*) بعض الرابع : ليس ريب (Lucienne Ripart) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢-
ديبوا (Dubois) رسالة من ليول سنة ١٩٢٥ - كوليار (Dollard) رسالة من إكس
سنة ١٩٢٨ - جيفور (Givord) رسالة من جرتويل سنة ١٩٢٨ - الموجز لمؤلف
قرة ٣٢١ - قرة ٣٢٢ - الأستاذ مصطفي رمي بك في المسؤولية المدنية قرة ٣٣٣ -
قرة ٣٤٦ وقرة ٣٥٧ - قرة ٣٦١ - الدكتور أحمد حمت أبو سبت بك قرة
٣٤٥ - قرة ٣٥٠ وقرة ٤٧٠ - قرة ٤٧٤ - الدكتور سليمان مرسي في الفصل
الصلو قرة ٥٥ - قرة ٧٠ .

١٥ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقتصراً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمناً .

٢٥ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - بين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض إيراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأمناً . ٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المصاب ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين وذلك على سبيل التعويض . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى في الجزء الأخير منها على الوجه الآتي : « ويصح أن يكون التعويض مقتصراً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمناً ، واستبدلت كلمة « المضرور » بكلمة « المصاب » في الفقرة الثانية . وأصبح رقم المادة ١٧٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون الذي يجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة « متصل بالعمل غير المشروع » للحد من إطلاق العبارة الأخيرة ما دام التطبيق العملي لهذا النص هو نشر الحكم أو الاعتقال من ناحية سبب مثلاً ، فيكون تعلق الحكم وإنشأً غير مجمل . وأصبح رقم المادة ١٧١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٩٥ - ص ٣٩٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مدد هذا النص ما يأتي : ١ - ليست المسؤولية التقصيرية بوجه عام سوى جزءاً لغروح على التزام يخرسه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع . وإذا كان التنفيذ العملي هو الأصل في المسؤولية التقاعدية ، فصل التقاضي من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ - وهو يقتضي إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بنى بغير حق أو بالتصف في استعمال حق - إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية . ٢ - فالتنفيذ يتقابل أي من طرفي التعويض المال هو القاعدة السائدة في المسؤولية التقصيرية . والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المال . ومع ذلك يجوز أن تختلف صورته ، فيكون مثلاً إيراداً مرتباً يتبع لامل خدمة حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوجه ، ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأمناً أو أن يودع مبلغاً كائناً ما كان نصيب الوءة بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض مولود مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إنشائي (أنظر المادة ٢٣٧ من المشروع) . هنا ويسوغ للقاضي فضلاً عما تقدم أن يحكم في أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض ، فيأمر مثلاً بنشر الحكم بطريق الصق على خفة المحكوم عليه (أو يكفى بأن ينوه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراءً أو سباً : المادة ١٤٠٩ من القانون =

ويتبين من هذا النص أن الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً
ذلك أن التعويض (réparation) بمعنى الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا
هو التنفيذ العيني (exécution en nature) وإما أن يكون تعويضاً بمقابل (réparation
par équivalent) والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدي (réparation
non-pécuniaire) أو تعويضاً نقدياً (réparation pécuniaire)

٦٤٣- **التعويض العيني:** التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام
عينياً . ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية (١) . أما في المسؤولية التقصيرية
فيمكن كذلك في قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني . ذلك أن
المدين في المسؤولية التقصيرية قد أدخل بالالتزام القانوني من عدم الإضرار
بالغير دون حق . وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن
إزالته ومحو أثره ، كما إذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضوء
والهواء تسقفاً منه ، ففي هذه الحالة يكون الباني مسؤولاً مسؤولية تقصيرية نحو
الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر ، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم
الحائط على حساب الباني ، أو عن طريق التهديد المالي . وهذا ما قصد إليه
القانون المدني الجديد عند ما ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه
« يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة
الحالة إلى ما كانت عليه » .

== (المولدى) لتعويض المظنونى حقه عن الضرر الأدبى الذى أصابه . وغیر عن البیان أن مثل
هذا التعويض لا هو بالعينى ولا هو بالمال ، ولكنه قد يكون أنسب ما يتخذه الظروف فى
بعض الصور . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٣٩٦ — ص ٣٩٧) .

(١) فن التزم بتد أن يتخذ عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يتجنب عن عمل يتسبب فى
كثير من الأحوال إجباره على تنفيذ التزامه . فالبائع ، وقد التزم بنقل ملكية المبيع ، يجبر
على تنفيذ التزامه ، وينقل الملكية إلى المشتري بتسجيل عقد البيع ، فإن امتنع البائع عن
التصديق على إصااته أمكن استصدار حكم ضده بإثبات البيع ، وتسجيل هذا الحكم فنقل
الملكية إلى المشتري . والمقاول الذى التزم ببناء منزل ، إذا امتنع عن تنفيذ التزامه ، أمكن أن
يجبر على ذلك بأن يبنى المالك المنزل على حسابه . ومن التزم بتد أن يتجنب نفاذة على جاره ،
فتجدها ، أمكن إجباره على سدّها ولو بمصروفات على حسابه . أما إذا كان العمل الذى التزم
به المدين يتجسّد فى نفسه النصى ، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العيني عن طريق التهديد المالي
التصوص عليه فى المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدنى الجديد .

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني . ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً ، وطالب به الدائن ، أو تقدم به المدين .

٦٤٤- التعويض غير النقدي: وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية . فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً ، وإن كان هذا هو الغالب . فيجوز للقاضي أن يحكم بأن يدفع للدائن بسند أو بسهم تفضل إليه ملكيته ويستولى على ريعه تعويضاً له عن الضرر الذي أصابه . كما يجوز للقاضي ، في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه ، أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (أنظر م ٨٦٠ ققرة أولى) . وفي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه . وهذا ما عناه القانون المدني الجديد عندما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه يجوز للقاضي ، أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض . بل إن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال ، والاقتصار على ذلك ، قد يعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه .

٦٤٥- التعويض النقدي : وهذا هو التعويض الذي يقبل الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية . فإن كل ضرر - حتى الضرر الأدبي - يمكن تعويضه بالنقد . ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ، ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويض غير نقدي ، يحكم بتعويض نقدي . والتعويض النقدي هو الأصل . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من القانون المدني الجديد على أنه « يقدر التعويض بالنقد » .

والأصل أيضاً أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة . ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم ، تبعاً للظروف ، بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة . والفرق بين الصورتين أن التعويض المقسط يدفع على أقساط تحدد مددها ، ويعين عددها ، ويتم استيفاء التعويض

بدفع آخر قسط منها . أما الإيراد المرتب مدى الحياة ، فيدفع هو أيضاً على أقساط محددة مددها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الإيراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ولا يتقطع إلا بموته . وبحكم القاضى بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه هي الطريقة المناسبة للتعويض . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان المدعى قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقتضى له بتعويض مقسط حتى يبرأ من أصابته . وبحكم القاضى بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل - كلياً أو جزئياً - عجزاً دائماً ، فيقتضى للمضروب بإيراد يتقاضاه ما دام حياً ، تعويضاً له عما أصابه من الضرر بسبب هذا العجز الكلى أو الجزئى (١) . ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب ، وكان الدين المترتب في ذمته يبقى مدداً قد تطول ، فقد يرى القاضى أن يلزمه بتقديم تأمين . وهذا هو ما تقتضى به الفقرة الأولى من ١٧١ من القانون الملى الجديد ، إذ تنص على أنه « يعين القاضى طريقة التعويض تبهما للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . وليس هناك ما يمنع القاضى من أن يحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين مثلاً لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضروب . ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن .

فإذا تعلل التنفيذ العيني والتعويض غير النقدي ، وتعين الحكم بتعويض نقدي ، ولم تستدع الظروف أن يكون هذا التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً ، رجع القاضى إلى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضروب دفعة واحدة .

٢٥ - تقدير التعويض

٦٤٦ - المرسوم القانوني: تنص المادة ١٧٠ من القانون الملى الجديد

على ما يأتي :

(١) استئناف مخطوط في ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ . وقد اعتبر التعويض المقسط لى أن يبرأ للضرر من إصابته إيراداً مرتباً ، ولكن لا لى مدى الحياة ، بل لى حين البرء من الإصابة .

و يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام اللادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة . فإن لم ييسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٧ من اللعروع التيميدى على الوجه الآتي : « يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المصاب طبقاً لأحكام اللادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعيًا في ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم ييسر له وقت الحكم أن يحدد مدى التعويض تحديداً كافياً ، فله أن يحفظ للمصاب بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في الحكم » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات على النص تجعله أكثر تحقيقاً للسعى المقصود ، فأصبح النص في اللعروع التيميدى (المادة ١٧٤) على الوجه الآتي : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام اللادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعيًا في ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم ييسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة «مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة» بعبارة «مراعيًا في ذلك الظروف وجسامة الخطأ» لأن جسامة الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف . ولا اعتراض على النص بأن في تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الأحكام إذ أنه يحفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، أوجب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان الحكم نهائياً انتهى الأمر ، وإنما إذا رأى القاضي أن الوقت غير جلي ، واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تسكيل خلال مدة معينة ، فلا يتناقض ذلك مع قاعدة حجية الأحكام . وأصبح رقم المادة ١٧٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ س ٣٩٠ - س ٢٩٥) .

وتقابل هذا النص في القانون الجديد نص اللادتين ١٧٩/١٢١ على الوجه الآتي: «الضميمات عبارة عن مقدار ما أصاب الثابت من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب ، بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لللعروع التيميدى في صدر نص القانون الجديد ما يأتي : « يحدد النص مدى الضرر الذى ينجم عن تقبل الفائر . ويقدر التعويض ، وفقاً لقاعدة العامة في المادة ٢٩٩ من اللعروع (لا تقرأ المادة ٢٠٠) . ويكون أن يتقرر في هذا المقام على أن التعويض يتناول ما أصاب الثابت من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة لتقبل الفائر . وينبى أن يتقرر في هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف أكثر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها في منطلق القنب الشخصي أو الثابت . ولقد تجرى الضميمات الحديثة على إرث هذا اللبأ وتبلغه في أسواق هي . فمن ذلك مثلاً تخريب القنبين التونسي والراكمى بين خطأ اللذين وتعليه فيما يحق بغير التعويض . وقد استظهرت اللادتان ٩٨/١٠٧ من هذين القنبين حكم هذه الفقرة » =

والمادتان ٢٢١ و ٢٢٢ المشار إليهما في النص قد سبق إيرادهما . ونعبد ذكرهما
هنا زيادة في الإيضاح

تنص المادة ٢٢١ على ما يأتي : ١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في
العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض
ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة
طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية
إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ٢ - ومع ذلك
إذا كان الالتزام مصلوه العقد ، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو
خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

وتنص المادة ٢٢٢ على ما يأتي : ١ - يشمل التعويض الضرر الأدبي
أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى
اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ - ومع ذلك لا يجوز المحكم
بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من
جراح موت المصاب .

٦٤٧ - مقياس التعويض للضرر المباشر : ويتبين من هذه النصوص

أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض في أية صورة كانت - تعويضاً

== فنصت على أنه يعين على المحكة أن تباير في تقدير التعويض تبعاً لما إذا كان أساس المسؤولية
خطأ المدين أو تدليس . ويغرق الفقيه البولوني كذلك بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية
وبين الخطأ البسيط من ناحية أخرى ، فيقرر في المادة ١٦٠ أنه « يحد في تقدير الضرر الذي
يقتضيه العمد وفقاً للمعيار ، فضلاً عما له من قيمة خاصة لدى الضرر عند توافر سوء
النية أو الإهمال الفاحش » . وقضى تحتين الالتزامات السويسرية بإعطاء التعويض عدالة إذا كان
الخطأ سبباً وكانت موارد الدائن معدومة ، فينس في الفترة الثانية من المادة ٤٤ على أنه (إذا
لم يكن الضرر ناشئاً من جراح نزل عمد أو إهمال جسيم أو رعونة بائنة ، فلقاضي أن ينص
التعويض عدالة متى كان استيفاءه يبرئ الدائن لتفريق الحال) . وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن
يحدد وقت المحكم مدى التعويض تحديداً كافياً ، كما هو الشأن مثلاً في جرح لا تستين عقابه
إلا بعد انقضاء فترة من الزمن ، فلقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوفاً بالثبوت من قدر
الضرر المعلوم وقت المحكم ، على أن يمد النظر في قضائه خلال فترة مقبولة يتولى تعديدها .
فلما اقتضى الأجل المحدد ، أعاد النظر فيها حكم به ، وقضى للضرر بصيغته إنشائي إذا اقتضى
الحال ذلك . وعلى هذا سار القضاء المصري . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٦ -
ص ٣٩٣) .

عيناً أو بمقابل . وتعويضاً تقديماً أو غير تقدي . وتعويضاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً أو رأس مال - يقدر بمقدار الضرر المباشر الذى أحدثه الخطأ ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً ، وسواء كان متوقفاً أو غير متوقع ، وسواء كان حالاً أو مستقبلاً ما دام محققاً . وقد تقدم ذكر هذا كله عند الكلام فى ركن الضرر .

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهرين هما الخسارة التى لحقت بالمضروب (damnum emergens) والكسب الذى فاته (lucrum cessans). فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضى بالمال. فلو أن شخصاً أتلّف سيارة عمالكة لآخر . وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هى الخسارة التى لحقت بصاحب السيارة ، والمائتان هو الكسب الذى فاته . وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه . ولا يدخل فى الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقفاً أو غير متوقع . ففى المسئولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقفاً كان هذا الضرر أو غير متوقع . أما فى المسئولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع فى غير حالى الفشل والخطأ الجسيم . وقد تقدم بيان ذلك .

٦٤/١ - الظروف الملوبة التى من شأنها أن تؤثر فى تقدير التعويض:

وتقول المادة ١٧٠ أن القاضى يراعى فى تقدير التعويض « الظروف الملوبة ». ويقصد بالظروف الملوبة هنا الظروف التى تلابس المضروب لا الظروف التى تلابس المسئول . فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضروب وما قد أفاده بسبب التعويض ، كل هذا يدخل فى حساب القاضى عند تقديره للتعويض . أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول وجسامة الخطأ الذى صدر منه ، فلا يدخل فى الحساب ، على خلاف فى الرأى بالنسبة إلى جسامة الخطأ .

فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضروب تدخل فى الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب المضروب بالذات ، فيقدر على أساس ذاتى (in concreto) لا على أساس موضوعى (in abstracto) . ويكون عللاً للاعتبار حالة المضروب الجسمية والصحية . فمن كان وعصبياً ، فإن الاتزان عاج الذى يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب .

ومن كان مريضاً وبالسكرة ويصاب بحرج ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم (١). كذلك يكون محلاً للاعتبار حالة المضرور العاتلة ، فمن يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول إلا نفسه . ويدخل أيضاً فى الاعتبار حالة المضرور المالية : وليس ذلك معناه أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد ، أصاب غنياً أو فقيراً ، وإنما الذى يدخل فى الاعتبار هو اختلاف الكسب الذى يفوت المضرور من جراء الإصابة التى لحقت به ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذى يحيق به أشد (٢). وقد يفيد المضرور من التعويض الذى تقاضاه من المسئول . مثل ذلك أن يتلف شخص متاعاً قديماً مملوكاً لآخر فيعوضه عنه متاعاً جديداً . فعلى المضرور أن يدفع إلى المسئول بالمتاع القديم التالف (laissé pour compte) حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد (٣). ويبنى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الجديد وقيمة القديم . ومن رأينا أن المضرور يرد هذا الفرق للمسئول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ، على الأقل إذا كان فى استطاعة المسئول أن يعرض المتاع القديم بمتاع قديم مثله فلم يفعل وأعطى المضرور المتاع الجديد (٤).

(١) والشخص الذى فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى فى حادث ، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيوره مكثوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين يفقد عيناً واحدة . ومن كان عنده استعداد لمرض السل أو لغيره من الأمراض ، وأصيب فى حادث ، قد تكون هذه الإصابة سبباً لإصابته بمرض الذى هو مستعد له ، فلا يقال إن هذا الضرر لا يزال علة للمرض عليه لأن شخصاً سليماً فى مكان الضرور كان لا يصاب بهذا المرض ، إذ البرة بنسب الضرور لا بنسب مجرد (أنظر فى هذا الذى استئناف مخطوط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧) .

وغرب من ذلك أن يكون الضرر أصاب العين لا الشخص ، فتكون البلية مشوة عما أحدثته أعمال الحرق منى ثم حتى لو كان هذا للعين قديماً وغير متين ، ولو كان جديداً أو متيناً لا تصدع (استئناف مخطوط فى ١٧ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٢) ويدخل فى الاعتبار حالة الضرور المهنية . فالخريق الذى يصيب بناء أخفه تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخصاً أخفه هذا البناء مسكناً له . ويختلف الضرر باختلاف المهنة ، فرسم الهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى .

(٣) استئناف مخطوط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٠ .

(٤) هون : استئناف مخطوط فى ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٦٦ - ملزوم ٣

لما الظروف الشخصية التي تحيط بالمستول فلا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض. فإذا كان المستول غنياً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، أو كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل (١). وسواء كان المستول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة، فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدث من الضرر، دون مراعاة لظروفه الشخصية. إذ العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمستول (٢). كذلك لا يزيد في مقدار التعويض أن يكون المستول قد أمن على مسؤوليته بدعوى أن شركة التأمين هي التي ستلتفح التعويض. ولا يدخل في الحساب ما قد يفيد المستول من كسب بسبب الضرر الذي أحدثه، فاللص الذي يستعين بالمسروق في مواجهة أزمة مالية حلت به فيضع انشاعاً كبيراً لا يكون مستولاً إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد (٣).

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من المستول عند تقدير التعويض. وإذا تحققت المسؤولية، قدر التعويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ. ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن كل

(١) ويستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مستول عنه أو تمسك المحصول على تعويض من المستول، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل (م ١٦٤ فقرة ٧)، وقد رأينا أن الحقة المالية لكل من المستول والمضرور ومقدار يلزم كل منهما يكون على اعتبار في تقدير التعويض.

(٢) ومع ذلك أنظر: استئناف مخطوط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٧ - وفي ١٦ ديسمبر ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨.

(٣) ولا يقال إنه يكون مستولاً عما أفاد بدعوى الإثراء بلا سبب، فحسب هذه الدعوى أن يدفع للدين أقل القيمين، وقد دفع للمسي أهل القيمين بدفع قيمة المسروق.

وعلى العكس من ذلك يدخل في الحساب ما أفاد به المضرور من جراء الضرر الذي وقع عليه. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا خطأ في أن تراعى المحكمة في تقدير التعويض المستحق للوظف الوصول بنهر حق ما قد يجده من الضرر من أعباء الوظيفة (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩). وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثابت في الحكم الطعون فيه أن الضرر الذي يشكو منه طالب التعويض يدعي لحوزه به من جراء تنفيذ مشروع يرى كأن موافقاً زال سببه، وأن المدعى سيستفيد من المشروع المذكور في المستقبل قائمة عطش تعرض عليه الضرر حتى في زمن وبيز، ثم تبق له على عمر الزمن، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك عمل التعويض، فإنها لا تكون قد أخطأت (نقض مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ ص ٣٥٦).

الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ ليسير . ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر . وهذا هو مقتضى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر ، والعقوبة الجنائية شيء ذاتي تراعى فيه جسامته الخطأ . هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة في اعتباره جسامته الخطأ في تقدير التعويض . وهذا شعور طبيعي يستولى على القاضى ، فإدام مقدار التعويض موكولاً إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيماً وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً . وعلى هذا يسير القضاء في مصر وفي فرنسا ، وقد سبق لنا بيان ذلك (١) .

٦٤٩- الضرر المتغير والوقت الذي يقرر فيه (٢) : نفرض أن الضرر

(١) وقد كان القضاء يصرح بذلك في أول الأمر (استئناف مخطط في أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨) ، ثم سكنت عن التصريح . بل هو الآن يصرح في بعض الأحيان بأن جسامته الخطأ لا تدخل لما في تقدير التعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فالقاضي لا يستطيع أن يصالح إدخال جسامته الخطأ عاملاً في تقدير التعويض ، ويظهر ذلك بنوع خاص في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي حيث يتنصع على التقدير . ويظهر ذلك أيضاً عند تهميم التعويض على مسئولين متعددين ، كما لو اشترك عدة أشخاص في ارتكاب الخطأ ، وكما لو كان الضرر أو التغير قد ارتكب خطأ يخفف من مسئولية المدعى عليه ، ففي هذه الأحوال يقسم القضاء التعويض عليهم جيئاً وراعى في التقسيم جسامته الخطأ الذي صدر من كل منهم ، وقد تقدم بيان ذلك .

وقد يقال إن القانون المدني الجديد لم يجعل جسامته الخطأ عاملاً في تقدير التعويض ، فقد كان المصروع التهميم (م ٢٣٧) ينص صراحة على تقدير التعويض بحسب جسامته الخطأ ، ولكن هذا النص قد حذف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، مما يخرج جسامته الخطأ عن أن تكون عاملاً في تقدير التعويض . على أن ما قلناه من مناقشات لجنة القانون المدني بشأن المادة ١٧٠ (أنظر آخراً فقرة ٦٤٦ في المجلد) صريح في أن اللجنة عندما حذفت عبارة «جسامته الخطأ» واستبدلت بها عبارة «الظروف الملائمة» إنما راعت أن جسامته الخطأ تدخل في عموم هذه الظروف ، فلم ترد أن تستبعد جسامته الخطأ من أن تكون عاملاً في تقدير التعويض (أنظر مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣٩٣ - ٣٩٤) .

(٢) يجب التمييز بين الضرر المتغير والضرر الذي لا يتغير معين مدله نهائياً وقت التعلق بالحكم . ففي الحالة الثانية يجوز للقاضي أن يحتفظ للضرر بالحق في أن يطلب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، وفقاً لنص المادة ١٧٠ ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في ركن الضرر . أما في الحالة الأولى فإن الضرر يكون متغيراً منذ أن وقع له يوم =

متغير منذ أن وقع إلى يوم التلق بالحكم . مثل ذلك شخص صلته سيارة بخطأ سائقها ، فأصيب بكسر في يده ، وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان ، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة . لاشك في أن القاضي يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم ، فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة (١) .

كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان في أول أمره ، حسب القاضي التعويض مراعيًا ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن (٢) .

فالعبارة إذن في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم ، اشتد الضرر أو خف . أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، والقى تغير هو سعر التقدير الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة

= التلق بالحكم . ولا شيء يمنع من أن تجمع المالتان : يكون الضرر متغيراً منذ وقوعه ، ويلى يوم التلق بالحكم لا يتغير تميز مدته تميزاً نهائياً . وعندئذ تطبق أحكام كل من المالتين ، ويختار القاضي الوقت الذى يقدر فيه الضرر وفقاً لستينته ، ثم يحفظ في حكمه معنى الضرور في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير وفقاً لما سبق أن ينه .

(١) وقد يشتد الضرر لسبب لا يرجع إلى خطأ للشول ، كما إذا قد الضرور إحدى عينيه في حادث ، ثم قد الأخرى في حادث آخر . فالشول عن الحادث الأول يرى الضرر الذى أحدثه قد اشتد بوقوع الحادث الثانى ، فقد كان هذا الضرر في أول أمره هو قد الضرور عيناً واحدة مع بقاء الأخرى سليمة ، ثم تطور الضرر في الشدة فأصبح هو قد هذه العين ذاتها مع زوال الأخرى . فهل يكون في هذه الحالة مثولاً عن اشتداد الضرر ؟ الظاهر أنه غير مثول ، لأن اشتداد الضرر لا يرجع إلى خطئه هو ، بل يرجع إلى خطأ للشول عن الحادث الثانى . وهذا للشول هو الذى يمرض عن زيادة الضرر الناشئ عن قد الضرور لينة الثانية بعد أن قد العين الأولى . وقد سبق بيان ذلك .

(٢) وإذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن للشول يمتد من ذلك ، حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة في ذاته بل إلى سبب أجنبي ، كما إذا كان للضرور في حادث أصيب في حادث آخر فأت ، فإن للشول عن الحادث الأول يمتد من موت الضرور إذ هو غير مثول عنه ، وقد وضع اللوت حداً للضرر الذى ترتب على الحادث الأول ، فاستغاد هو من ذلك .

بالسر يوم صدور الحكم ، ارفع هذا السر منذ وقوع الضرر أو انخفاض (١) .
على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده ، فإنه يرجع بما دفعه
فلا ، مهنا تقدير السر يوم صدور الحكم .

٦٥٠-**التفقة الموقته** : وقد يرى القاضى أثناء نظر دعوى المسئولية
أن المضرور فى حاجة قصوى إلى تفقة مؤقتة (provision) يدفعها له المسئول من
حساب التعويض الذى سيقضى له به فى النهاية . فيجوز للقاضى عندئذ أن
يحكم بهذه التفقة مع مراعاة الشروط الآتية :

١- أن يكون مبدأ المسئولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التعويض .
٢- أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال ، لإعدادها ، فى حاجة
إلى مدة طويلة .

٣- أن يكون المضرور فى حاجة ملحة إلى هذه التفقة .

٤- أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للتفقة أقل من جُلج التعويض الذى
ينتظر أن يقدر به الضرر (٢) .

(١) وقد قضت محكمة التعض بأنه كلما كان الضرر متعباً فحين على القاضى النظر فيه لا كما
كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعىً التأثير فى الضرر ذاته من زيادة راجع
أسهلها إلى خطأ للشئ أو نفس كائناً ما كان سببه ، ومراعياً كذلك التأثير فى قيمة الضرر
باحتجاج عن التمدد أو انخفاضه وزيادة أسهل للواد اللازمة لإصلاح الضرر أو تعويضها . ذلك أن
الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنفس فيه أيا كان سببه غير متعلقة بالصلة
به . أما التأثير فى قيمة الضرر فليس متعباً فى الضرر ذاته . ولذا كان للشئ ملزماً بجبر الضرر
كلما ، فإن التعويض لا يكون كافياً لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . ومن
ثم كان لا وجه لقول بأن قيمة التبعة لا تمت إلى الخطأ بصلة ، كما لا وجه لقول بأن الضرر ملزم
بالسبل على إصلاح الضرر . فإنما هو تهاون فبليه قيمة تهاوته ، فإن التزام جبر الضرر واقع على
الشئ وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى للشئ التزامه (نفس مدنى فى ١٧ أبريل
سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ من ٢٩٨ : منزل طهر بمانيه ختل راجع إلى تسرب
للياه من أنابيب تالفة لمصلحة التنظيم ، ومخاضى صاحب المنزل تمويهاً كللاً عن إصلاح الخلل
بجيب تكاليفه وقت الحكم ، وكانت قد ارتفعت ، وتمويهاً كللاً عن خلل بالمزل ، ولم ينتظر
إلى أن تلاكه كان عليه أن يبادر إلى إصلاح الخلل بنفسه دون أن ينتظر) — ويؤخذ على الحكم
أنه لم يمتثل فى الحساب تهاون المضرور فى إصلاح الخلل ، وهذا ضرر غير مباشر (أنظر تعليق
للكوثر سليمان مرعى فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٠) .

(٢) أنظر فى الموضوع مرقو ٣ بقرة ٢٤٢٦ — بقرة ٢٤٢٨ .

المطلب الثاني

التعويض في صورته المعدلة الموصوفة

٦٥١- **مبادئ مبررات:** ما قلتمناه في التعويض هو حكمه في صورته العادية المألوفة. ولكن هذا الحكم قد يعدل منه وصف يلحقه، فيكون التعويض صورة أخرى معدلة موصوفة. ويقع هذا في حالات ثلاث: (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقق المسؤولية على تعديل الأحكام التي قلتمناها. (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول على مسؤوليته المحتملة قبل تحققها. (والحالة الثالثة) أن ينتزع أمام المضرور طريقان للتعويض عن الضرر الذي أصابه.

وتتميز الحالتان الأولى والثانية عن الحالة الثالثة بأن الوصف الذي لحق التعويض في الحالتين الأوليين يتصل بالمشئول، أما الوصف الذي لحق التعويض في الحالة الثالثة فيتصل بالمضرور.

ونتكلم في هذه الحالات الثلاث: (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية (٢) التأمين على المسؤولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض.

١ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

٦٥٢- **نظام التعويض على تعديل أحكام المسؤولية:** إذا تحققت المسؤولية التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائر إطلاقاً. ويكون في الغالب بمثابة صلح، والصالح جائر فيها هو ليس من النظام العام. فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر، فلمضرور أن يعنى المسئول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه. ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسئول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق، فيغضيه من التعويض عن بعض الضرر. ويكون هذا إما نزولاً من المضرور عن بعض حقه، أو هو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا يتنازع في مبدأ المسؤولية أو في مقدار التعويض. ويصح أيضاً أن يعطى المسئول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق. ويكون متبرعاً بما زاد.

وليس فيما قدمناه محل للنزاع . وإنما النزاع في الاتفاق بين الطرفين مقدماً وقبل تحقق المسؤولية . وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية . قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدماً من هو الشخص الذي سيفرضه بعمله غير المشروع ، فإن هذا إذا تسر في المسؤولية العقابية ، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسئول والمضروب ، فهو ليس بميسور في المسؤولية التقصيرية ، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر ، فلا يتصور لاتفاق بينهما إلا بعد تحقق المسؤولية ؟ وإذا كان هذا صحيحاً في الكثرة الغالبة من الأحوال ، فإنه يتصور في بعض أحوال المسؤولية التقصيرية أن يعرف شخص من يحتمل أن يضر به من الناس بعمل غير مشروع . فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم في المستقبل مسئول ومضروب . مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يحتمل أن يكون مسئولا ومضروباً ، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية عند تحققها . مثل ذلك أيضاً صاحب المصنع والملك المجاورون ، ومصلحة السكك الحديدية وملوك الأراضي التي تمر السكك الحديدية بجوارها ، وملوك الحيوانات التي تجتمع في مكان واحد لاحتمال أن تؤذي الحيوانات بعضها بعضاً ، وأصحاب السيارات إذا دخلت في سباق لاحتمال أن تتحقق المسؤولية التقصيرية فيما بينها : ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيري ، والنقل المجاني فيما بين الناقل والمقول . يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسؤولية التقصيرية .

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية . فالاتفاق على ضمان المسؤولية مثله أن يؤمن المسئول على مسؤوليته في شركة تأمين . ويشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تعهد بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسؤولية صاحب البناء بسبب الهدم ، وأن يتفق الحكومة مع ناد رياضي أن يضمن لها ما عسى أن يتحقق من مسؤوليتها بسبب الألعاب الرياضية التي يقوم بها النادي . والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسئول والمضروب ، وقد يرفع المسؤولية أصلاً عن المسئول قبل المضروب . أما الاتفاق الثاني فيقوم بين المسئول الأصلي ومسئول

آخر يضمه ، لا ليرفع المسؤولية عن المسئول الأصلي ، بل ليؤكد ما يضمن مسئول إليه يتحمل في النهاية المسؤولية إذا تحققت دون أن ينتقص ذلك من حق الضرر في الرجوع على المسئول الأصلي .

والاتفاق على التعديل من أحكام المسؤولية إما أن يكون اتفاقاً للإعفاء من المسؤولية أو للتخفيف منها ، وإما أن يكون اتفاقاً لتشديد من المسؤولية . ونستعرض كلا من الحالتين .

٦٥٣- الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها :

هذا الاتفاق قد يرى إلى الإعفاء من المسؤولية بتماماً . وقد يرى إلى التخفيف منها ، إما بإقتصاص مدى التعويض فلا يعرض إلا عن بعض الضرر دون بعض ، وإما بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر ، وإما بتقصير المدة التي ترفع فيها دعوى المسؤولية .

وقد كفل القانون المدني الجديد بيان حكم هذه الاتفاقات ، فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على ما يأتي : « ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع (١) » .

والقضاء في مصر وفي فرنسا جرى على هذا المبدأ ، لا بالنسبة إلى الإعفاء من المسؤولية فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى التخفيف منها في صورته المختلفة (٢) .

- (١) أنظر بترغ هذا النص آخراً فقرة ٤٣٧ في الملحق .
- (٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بما يأتي : « أجمع القضاء على أن شرط الإعفاء من المسؤولية من الخطأ المتعلق بليل إذا كان الخطأ بالإنسان جناية النفس أو الخطأ الفاحش ، أما إذا كان الخطأ بسيطاً فين القضاة خلاف ، فمنهم من يقول بصحة الشرط ، ومنهم من يقول بطلانه » . أما شرط الإعفاء من الخطأ اللاعناني فهو باطل إجماعاً وفي كل الأحوال » (استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ الجلسة ٩ رقم ٢/٢٥ ص ٤٤) . أنظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٢ ص ٢٤٥ - وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ الجلسة ٢ رقم ١/١٦١ ص ٤٨٠ - استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١ - وفي ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ٢٧٨ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ - وفي ١٧ يولية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٨ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٧ - وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢٢ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩١ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٩ .

وانظر في القضاء الفرنسي ملحق ٢ فقرة ٢٥٧٠ .

وتعليل ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ، والقانون هو الذى يتكامل بتقريرها . فهي ليست كأحكام المسؤولية العقدية التى هى من صنع المتعاقدين ، فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها . فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التويض أو من حيث الشرط الجزائى أو من حيث مدة الدعوى . وقد رأينا فى المسؤولية العقدية أن كل هذا جائز فى غير العمد والخطأ الجسيم . أما الفقه فى فرنسا فيناقش القضاء منتقدا إياه ، ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسؤولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسيم وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال . فإن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التى ترتب على تعمد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد (الخطأ الجسيم) . أو على التخفيف من هذه المسؤولية ، يكون مخالفاً للنظام العام . كذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق الجسم لا المال ، ولو ترتب على خطأ يسير ، فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلا للاتفاقات المالية . لكن إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير ، فليس فى القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فيها ، ومن باب أولى من الاتفاق على التخفيف من المسؤولية فى أية صورة من صور التخفيف (١) .

ومهما يكن من أمر فالقانون الجديد صريح فى بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها . وهو فى ذلك يؤيد القضاء فى مصر وفى فرنسا على النحو الذى أسلفناه .

٦٥٤- الاتفاق على التفسير فى المسؤولية التقصيرية: وقد يكون الاتفاق من شأنه أن يشدد فى المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضا فى جانب المسئول فى حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق على مسؤولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ . ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها مخالفاً للنظام العام ، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام ، فيكون

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى وفى عهد القضاء الفرنسى ملزو ٣ قرة ٢٥٧١ - قرة ٢٥٧٦ .

مطروحاً . يؤيد ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدني الجديد من أنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة » (١) . وغنى عن البيان أن المسؤولية ذاتها لا تتحقق بقيام الحادث المفاجيء والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية . فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبة مسؤولية لم تتحقق ، فيتحمل التبة (risque) للمسئولية ويكون بمثابة المؤمن ، فمن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسؤولية قد تحققت .

٢٤ - التأمين على المسؤولية

٦٥٥ - موجز التأمين على المسؤولية : التأمين على المسؤولية يفضل الإعفاء من المسؤولية ، لأنه في الوقت الذي يزيح فيه عن عاتق المسؤول عبء المسؤولية لا يحرم المضرور من حقه في التعويض . وهو ميسر بفضل انتشار شركات التأمين ، ومن ثم فهو كثير الوقوع في الحياة العملية . ويجوز للشخص أن يؤمن على مسؤوليته المترتبة على الخطأ ، سواء كان هذا الخطأ عقدياً أو تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيري مقررماً أو ثابتاً ، وسواء كان الخطأ الثابت سبباً أو جسيماً . ولكن لا يجوز التأمين على المسؤولية المترتبة على الخطأ العمد ، إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبيل إلى الغش . وإنما يجوز التأمين على المسؤولية عن عمل الغير ، حتى لو ارتكب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من المرسوم التمهيدى . ولم يحدث فيه تعديل لا أمام لجنة الراجعة (م ٢٢٤ من المرسوم التمهيدى) ، ولا أمام مجلس النواب ، ولا أمام لجنة القانون الذي يجلس الشيوخ (م ٢١٧) ، ولا أمام مجلس الشيوخ (الأعمال التشريعية ٢ من ٥٥٢ - من ٥٥٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تهيئة للقواعد التي جرى القضاء المصري على اتباعها في هذا الشأن ، وقد يجعل عبء المسؤولية أشد وقرراً بالاتفاق على تحمل تبة الحادث القبلي ، وهذا يكون للدين مؤناً للمدين من وجه . وقد تخفف المسؤولية على عيش ذلك بامتناع الإعفاء من تبة الخطأ الصادر إلا أن تكون فاعمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز في المسؤولية المدنية ، كذلك يمنع امتناع الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أما كانت درجة الخطأ ، ويهيم مثل هذا الامتناع بظلاله تحت مظلة النظام العام » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ من ٥٥٢) .

هذا الغير خطأ عمداً، ذلك أن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسئولية عن غشه هو بل عن غش الغير ، فالخطأ الشخصى الذى يؤمن نفسه منه هو خطأ مقترض لا خطأ عمد (١) .

ونرى من ذلك أن الشخص يستطيع أن يؤمن على مسئوليته في مختلف صورها ، فيما عدا المسئولية عن الخطأ العمد الذى يصدر منه شخصياً .

ونظر الآن فيما يأتى : (١) علاقة المؤمن (شركة التأمين) بالمؤمن له (المسئول) (٢) علاقة المؤمن بالضرور (٣) علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ في التأمين على المسئولية عن عمل الغير .

٦٥٦-عموم المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين . وهو يرب التزامات في ذمة المؤمن (شركة التأمين) . وأخرى في ذمة المؤمن له (المسئول) .

(١) التزامات المؤمن : أما التزامات المؤمن فتتلخص في ضمان المسئولية التى قد تترتب في ذمة المؤمن له ، وهى المسئولية التى كانت عملاً للتأمين . والأصل أن المؤمن ضامن لكل ما ينجم عن هذه المسئولية من تكاليف . ففى طلب المؤمن له مطالبة ودية أو قضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلها في دائرة التأمين ، بدأ التزام المؤمن ينتج أثره ، سواء دخل المؤمن في الدعوى أو لم يدخل ، ووجب عليه أن يكفل للمؤمن له نتائج هذه المطالبة ولو كانت على غير أساس . فإن الذى يضمنه المؤمن ليس هو مسئولية المؤمن

(١) وغرب ذلك من الاخلاق على الإغناء من المسئولية التقديرية ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على ما يأتى : « وكذلك يجوز الاخفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ الترتيبات الصادرة إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يفتقر عدم مسئوليته عن النشر أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ الترتيبات » .

وكذلك في التأمين من الحريق نصت المادة ٢٦٨ على أنه ١٥ - يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناجمة عن خطأ المؤمن له غير قصد ، وكذلك يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مظالم أو قوة قاهرة . ٢ - أما الحائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً ، فلا يكون المؤمن مسئولاً عنها ولو ائتمن على غير ذلك . ونرى من الحاجة بين هذا النص والنص القديم أن المسئولية عن الخطأ الجسيم لا يجوز الإعفاء منها ، ولكن يجوز التأمين عليها .

له فحسب ، بل كل مطالبة توجه ضده في شأن هذه المسؤولية (١) .
 فإذا ثبتت المسؤولية قبل المؤمن له ، وجب على المؤمن أن يدفع له ما ثبت
 في ذمته من تعويض بسبب هذه المسؤولية (٢) . والقاعدة أن المؤمن يلزم
 بالضمان بقدر ما تحقق من مسؤولية المؤمن له دون زيادة . حتى لو كان عقد
 التأمين يشتمل على شرط يجعل المؤمن ضامناً لمبلغ معين وكان هذا المبلغ يزيد
 على التعويض الذي ثبت في ذمة المؤمن له . فلو كان هذا المبلغ ألفاً وكانت
 قيمة التعويض ثمانمائة ، فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف (٣) .
 وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسؤولية هو عقد تأمين لا عقد ادخار ، فهو
 مقفود لتعويض الحسارة على المؤمن له ، فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ،
 وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين ،
 فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الحسارة .

(١) أو كما يقول ميار (Hénard) إن الحادث المؤمن ضده (ministre) هو المطالبة
 ذاتها ، قضائية كانت أو غير قضائية (Le ministre est l'attaque même, judiciaire
 ou extrajudiciaire : Hénard t. I no. 686) .
 وكان الصروع التيمى لقانون المدنى الجديد يتضمن نصاً في التأمين من المسؤولية ،
 حذفت في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة إلى أن صدر تقرير مجلس
 بالمجلس مسائل التأمين في مختلف صوره ، وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٠ من هذا
 المشروع ما يأتى : « لا يتجيز التزام المؤمن آره إلا إذا تم المساب بمطالبة المؤمن له ودعا أو
 قضائياً بعد الحادث الذى في العقد » .

(٢) ويجوز للمؤمن ، قبل ثبوت المسؤولية ، أن يتدخل في الدعوى ، كما يجوز إدخاله إلا
 إذا اشترط عدم جواز ذلك (ملزو ٣ فقرة ٢٦٧١) . بل يجوز للمؤمن أن ينس في وثيقة
 التأمين على احتفاظه وحده بالمحق في مباشرة الدعوى (أنظر م ٨٣٠ فقرة ٣ من المشروع
 التيمى لقانون المدنى الجديد) .

(٣) وقد ينق المؤمن والمؤمن له على التخفيف من هذه المسؤولية ، فلا يدفع المؤمن إلا
 نسبة معينة من التعويض الذى يلزم به المؤمن له عندما تتحقق مسؤوليته (٨٠ ٪ مثلاً) ، وهذا
 ما يسمى بشرط الحسارة المكتنفة (classe de découverte obligatoire) . أو يتفقان
 على ألا يدفع المؤمن من التعويض إلا ما زاد على مبلغ معين (خمين جنبها مثلاً) ، فإذا كان
 التعويض خمين جنبها أو أقل التزم به المؤمن له دون رجوع على المؤمن ، أما إذا زاد التعويض
 على خمين جنبها فإن المؤمن يدفع مقدار الزيادة ، وهذا ما يسمى بشرط الحسارة المهددة
 (classe de franchise d'avarie) . أو على العكس من ذلك يتفقان على ألا يدفع المؤمن
 ما زاد من التعويض على مبلغ معين (خمين جنبها مثلاً) ، فإذا كان التعويض خميناً أو أقل
 دفعه المؤمن كله ، أما إذا زاد على الخمينية فإن المؤمن لا يدفع إلا خمينية ويحصل المؤمن له
 مقدار الزيادة . (أنظر في وجوه التخفيف المقتضى ملزو ٣ فقرة ٢٦٦١ - ٢٦٧٠ إلى فقرة ٢٦٧٠) .

(٢) التزامات المؤمن له : ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين في مواعييدها وبغير ذلك من الالتزامات التي ترتبها وثيقة التأمين .
ويصح الاتفاق في الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له دون رضا من المؤمن قد دفع إلى المضرور تعويضاً أو أقر له بالمسئولية . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوداً على واقعة مادية ، أو إذا ثبت أن المؤمن له ما كان يستطيع أن يرفض تعويض المضرور أو أن يقر له بحقه دون أن يرتكب ظلماً يبنياً (١) .

٦٥٧- عمود المؤمن بالمضرور : كان المشروع التمهيدى لقانون المدني الجديد ينص في المادة ٨٣٢ منه على ما يأتي : « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ما دام المصاب لم يعرض بما لا يتجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسئولية المؤمن له » . فكان هذا النص يجعل للمصاب (المضرور) دعوى مباشرة قبل المؤمن ، إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين ما دام المضرور لم يعرض . ومؤدى هذا النص أن المضرور الذي لم يتقاضى التعويض من المسئول (المؤمن له) يستطيع أن يتقاضاه مباشرة من المؤمن في حدود مبلغ التأمين ، دون أن يشترك معه دائر المؤمن له ، لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى المدين .

ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا القانون معيداً لهذا النص لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدنية المؤمن له . وفي هذه الحالة يشاركه دائر المؤمن له شركة غرماء إذ هو لا يمتاز عنهم (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى لقانون المدني الجديد ، وقد حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ كما قلنا .

(٢) ومع ذلك قد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور في حادث أو خفاه يستطيع الرجوع مباشرة على المؤمن للشخص المسئول عن هذا الحادث ، ويرتب على ذلك أنه عندما ثبت خطأ المسئول من الحادث ثبوتاً صحيحاً ، فلا تستطيع شركة التأمين أن تدفع =

٦٨٨ - عمدة المؤمن بمن صدر منه الخطأ في التأمين على المسؤولية

عن عمل الغير : يحدث أن المؤمن له لا يكون هو من صدر منه الخطأ ، ولكنه يكون مسئولاً عن عمل الغير الذي صدر منه الخطأ ، ويتحقق ذلك في مسئولية المكلف بالرقابة عن هم في رقابته ومسئولية التبوع عن التابع . فإذا دفع المسئول عن عمل الغير التعويض للمضرور : ورجع به على المؤمن ، ألا يجوز لهذا أن يرجع به على الغير الذي صدر منه الخطأ كما كان يرجع المسئول نفسه ؟

سرى فيما يلي أنه إذا اجتمع للمضرور طريقان لتعويض أحدهما هو طريق التأمين ، جاز له أن يجمع بينهما : فيرجع بالتعويض على الغير الذي ارتكب الخطأ لأن هذا الخطأ هو الذي تحققت به المسئولية ، ويرجع على المؤمن بمبلغ التأمين بمقتضى عقد التأمين الذي دفع أقساطه . فهو يجمع بين الحقين لأن لكل حق مصدراً غير المصدر الذي قام عليه الحق الآخر ، فصدر الحق في التعويض الخطأ الذي ارتكبه الغير ، ومصدر الحق في مبلغ التأمين العقد الذي أبرمه مع المؤمن .

ولكن يطلب في العمل أن يشترط المؤمن في عقد التأمين أن ينزل المؤمن له عن دعواه قبل من صدر منه الخطأ إلى المؤمن . فيكون هذا بمثابة الحلول الاتفاقي (١) . فإذا لم يوجد شرط كهذا لم يبق إلا تطبيق القواعد

مصدرة للمضرور إلا في حدود مبلغ التعويض المتفق عليه في عقد التأمين وهي الحدود المرسومة لمسئوليتها (استئناف مخطط في ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧) . واقتضى هذا المبدأ أيضاً : استئناف مخطط في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٥٠ ص ١٠٥ .

والقول بأن الضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين دون نص لا يمكن تخرجه وفقاً للقواعد العامة إلا عن طريق الاشتراط لصحة التبر ، يقال إن المؤمن له عندما تقاتل مع شركة التأمين اشترط لصحة الضرور ، فصار لهذا حق مباشر قبل شركة التأمين . ورجع في ذلك لوثيقة التأمين لينظر هل يمكن أن يتخلى من نصوصها هذا الاشتراط .

(١) وقد نص القانون المدني الجديد على حلول قانوني فيما يتعلق بالتأمين من الحريق ، فخصت المادة ٧٧١ بما يأتي : « يحمل المؤمن قانوناً بما دفعه من قروض عن الحريق في المداوى التي تكون للمؤمن له قبل من تجب بطله في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو سبباً للمؤمن له ممن يكونون معه في حجرة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله » . ولكن هذا النص خلس بالتأمين من الحريق ، وهو كما نرى يقع صراحة من الحلول إذا كان من أحدث الضرر شخصاً يعتبر المؤمن له مسئولاً عن أفعاله .

العامه ، وتطبيقها يؤدى إلى أن المؤمن لا يحل عمل المؤمن له في الرجوع على الغير الذى صدر منه الخطأ ، لا حولا اتفاقياً لأن عقد التأمين لم يرد فيه شرط الحلول ، ولا حولا قانونياً لأن الحلول القانونى لا يكون إلا بنص والنص غير موجود (١).

٣٤ - اجتماع طريقين للتعويض

٦٥٩ - كيف يجمع طريقاه للتعويضه : قد يوجد لدى المضرور طريقان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر . مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه في إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر في جسمه أو في ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من الخسائر أو التأمين من المسؤولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون المضرور الذى يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً في نفقة أو إيراد في ذمة الغير . ونستعرض كلا من الحالتين : حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين وحالة اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد (٢)

٦٦٠ - اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين : إذا أصيب شخص بضرر في جسمه أو في ماله ، وكان مؤمناً نفسه من هذا الضرر ، فقد رأينا أن التحليل القانونى يؤدى إلى النتيجة الآتية : للمضرور حقان ، حق قبل المسئول عن هذا

(١) وقد فنت عكسة الاستئناف المخططة بأنه لا يجوز للؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، لأن عكسها بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، ولا احتجاجاً بالحلول القانونى (استئناف مخطط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٤٥٠ ص ٧٤ - وانظر أيضاً : استئناف مخطط في ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦٨ ص ١٧٨) . ولكن يجوز أن يكون المؤمن دعوى مباشرة إذا كان المؤمن له قد نزل المؤمن عن دعواه (استئناف مخطط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥٠ ص ٧٤ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦٨ ص ١٧٨ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٧٢ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٧٨) . ومع ذلك فإن استئناف مخطط في ١٥ فبراير سنة ١٩٣٢ جازت في ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وتستعود إلى ذلك فيما على .

(٢) وقد يجمع التعويض مع الدية في قانون تحقيق المخالفات الوطنى القديم (انظر م ٥٦ من هذا القانون) ، إذ التعويض غير الدية (عكسة الاستئناف الوطنى في ١١ مارس سنة ١٨٩٧ الموافق ١٢ ص ٢٣٩ - عكسة أسبوط في ٧ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢١ ص ٥١) .

الضرر في التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ الذي ارتكبه المسئول ، وحق قبل شركة التأمين في مبلغ التأمين ومصدر هذا الحق العقد الذي تم بينه وبين الشركة . فإذا كان مؤمناً على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من جراء الحوادث . ووقع الضرر الذي أمن نفسه منه ، فهو مأورئتمسرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على المسئول عن الحادث ، ويجمع بذلك بين الحقين . كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق ، أو على بضاعته من الفرق ، أو على مسؤوليته إذا تحققت ، كان له أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسئولاً عن إحراق المنزل أو إغراق البضاعة أو تحقيق المسؤولية ، ويجمع بذلك في هذه الحالات أيضاً بين الحقين . ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانوني بأن الضرر يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاض إلا تعويضاً واحداً من المسئول عن الضرر الذي أصابه ، أما مبلغ التأمين فليس مقابلاً لتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي دفعها للشركة (١).

(١) ولما كان عقد التأمين عقداً احتمالياً بالنسبة إلى المؤمن له — فهو قد يتقاضى مبلغاً أكبر من مجموع الأقساط التي دفعها إذا وقع الحادث المؤمن منه وقد لا يتقاضى شيئاً أصلاً إذا لم يقع — فإن القيد بالنسبة إلى الشركة ليس بالقيد الاحتمالي لأن الشركة تعوض خسارتها عند بئس المؤمن لهم بمكسبها عند بئس آخر ، وهي في مجموع صفقاتها غير خاسرة ، وقد ألفت عملها على هذا الأساس . أما الحادث المؤمن منه فليس حادثاً تعوض عنه شركة التأمين ، بل هو شرط يجب على الشركة عند تحققه أن تدفع للمؤمن له مبلغ التأمين .

لذلك يجب التسليم بأن الضرر يستطيع أن يجمع بين الحقين ، حقه في التعويض ضد المسئول وحقه في مبلغ التأمين ضد الشركة . وكل من الحقين له مصدر مستقل عن مصدر الحق الآخر ، فأحدما مصدره السل غير للعروع والآخر مصدره العقد .

ولما كان التصريح الفرنسي الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ قد نص في المادة ٣٦ منه ، في التأمين على الأحياء ، على حلول شركة التأمين على الضرر في الرجوع على المسئول بمقدار مبلغ التأمين الذي دفعت الشركة ، فليس ذلك إلا مراعاة لاعتبار عمل هو ألا يكون التأمين على الأحياء مصدر ربح للمؤمن له ، فيتقاضى التعويض ومبلغ التأمين معاً ، لتلا بئره ذلك على إطلاق الشيء الذي أمن عليه . وإذا كان هذا التصريح في المادة ٥٥ منه ، في التأمين على الأعضاء قد نص على عدم حلول شركة التأمين على الضرر في الرجوع على المسئول ، فذلك إما هو رجوع إلى تطبيق القواعد العامة من جوائز الجمع بين الحقين كما قلنا ، بعد أن اتفق الاعتراف السل الذي كان يمنع من الجمع بينهما ، إذ قل أن يصيب الشخص نفسه طعماً في مبلغ التأمين ، وإذا هو فعل فن السهل اقتضاح أمره .

كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بمجة أن خطئه هو الذي ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضروب ، ذلك أن الذي ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين (١) .

٦٦١- مجموع التعويض مع التبعة أو الضرر : قد يكون الضرر الذي ألوجب التعويض للمضروب سبباً في ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل في مصنع تسبب عامل آخر في إصابته ، فيستحق العامل المضروب قبل رب المصنع مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل جزافاً كما رأينا ، ويستحق في الوقت ذاته تعويضاً كاملاً قبل العامل المسئول عن الحادث ، فهل له أن يجمع بين

= وقد طبق القانون المدني الجديد مبدأ عدم حلول التعويض على المؤمن له في التأمين على الحياة ، نفي في المادة ٧٦٥ على أنه « في التأمين على الحياة لا يكون المؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق في الحصول على المؤمن له أو المستفيد في حقه قبل من تسبب في الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، في التأمين على الأشخاص ، يجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين . كذلك قرر القانون الجديد مبدأ حلول التعويض على المؤمن في التأمين من الحريق ، فقد رأينا أن المادة ٧٧١ تنص على أنه « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعوى التي تكون المؤمن له قبل من تسبب فيه في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون منه في سبب واهتمت أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، في التأمين على الأشياء ، لا يجمع في الأصل بين الحق ، وأن التعويض يحل عليه في الرجوع على المسئول إلا إذا كان التأمين يسهله ضماً .

(١) وقد رأينا بمحكمة الاستئناف المختصة نفي بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، إلا إذا كان المؤمن له قد تزلزلت دعواه (أنظر آخراً فقرة ٦٥٨ والملاحق) . وقد قضت أيضاً ، في ظل القانون القديم حيث لا يوجد نص على حلول المؤمن على المؤمن له في التأمين على الأشخاص ، بأن المؤمن له ، حتى لو تخلى مبلغ التأمين من المؤمن ، يحتفظ مع ذلك بحقه في الرجوع بالتعويض على من أحدث الضرر ، سواء في ذلك التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص (استئناف مخطط في ٢١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن المسئول عن الحريق لا يستطيع أن يحتفظ من نتائج هذه المسؤولية قبل الضرر بدعوى أن الضرر قد أمن على نفسه من حريق ، بل ولا بمجة أنه قد استول على مبلغ التأمين من المؤمن (استئناف مخطط في أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠) . ومع ذلك فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يصح ، كبما علم ، التنازع في حق المؤمن في الرجوع ، باسمه أو باسم المؤمن له ، بدعوى المسؤولية على المسئولين عن وقوع الحادث المؤمن منه (استئناف مخطط في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

التعويضين؟ مثل آخر شخص أصيب بما أقدمه عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل ، فهل يجمع بين التعويض والنفقة ؟

يختلف الأمر هنا عن حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين . فقد قلنا أن مبلغ التأمين ليس مقابلاً للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي سبق دفعها . ولكن المبلغ الجزائي الذي يدفعه رب المصنع للعامل عند إصابته ، والنفقة التي يدفعها من تجب عليه النفقة ، لا مقابل لها إلا عجز المضرور عن العمل بسبب الحادث الذي أصابه ، فالصفة الغالبة عليهما هي التعويض عن هذا العجز . لذلك لا يجوز أن يجمع المضرور بين تعويضين ، فهو إذا تقاضى التعويض الجزائي أو النفقة ، لم يرجع على المسئول إلا بما بقي من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب المصنع أو الملزوم بالنفقة على المسئول بما التزم بدفعه للمضرور لأن المسئول هو المتسبب في ذلك (١) . أما إذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول ، فلا يجوز له أن يرجع بشيء على صاحب المصنع (٢) أو الملزوم بالنفقة .

كذلك لا يستطيع الموظف ، إذا أصيب في حادث تكون الحكومة مسئولة

(١) محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٩
س ٢٠٠ - قرون استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ س ١٦٥ .

(٢) كذلك لا يجوز الجمع بين مطالبة رب المصنع بالتعويض بخفض قانون إصابات العمل والتعويض طبقاً لقواعد المساهمة في التسوية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الجمع بين أحكام قانون إصابات العمل باعتباره من القوانين الخاصة وأحكام القانون العام في المطالبة بصورتين الضرر الذي به ، لأن القانون الأول مجال تطبيقه الأحوال التي أراد فيها للصرح أن يرمى جانب العامل نظراً لمخاطر العمل بدم تحميلة عبء إثبات خطأ صاحب العمل أو تنصيره عند المطالبة بالتعويض . فإذا ما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون وانضمنا استثناءه في طلب التعويض ، فإنه لا يصح له بمحضه اللجوء إلى قاعدة الرابطة أن يمسك بأي قانون آخر ضد صاحب العمل ما لم يكن الحادث المطلوب عنه التعويض قد نشأ عن خطأ فاحش . ولكن إذا كان للضرر من طلب التعويض على قانون إصابات العمل ، ثم طالب بصورتين بناء على قواعد التسوية العامة وطلب المسك به بالتعويضين على اعتبار أنها طلبان أصليان ، فستجوز المحكمة تطبيق قانون إصابات العمل ، فإنه يكون من التبين عليها أن تنظر في الطلب للأمر على القانون العام (هذه مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة محرر ٣ رقم ١٥٦ س ٤٣٦)

عنه ، أن يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائي يرتبه القانون على سبيل التعويض ، بل يجب إنقاص مبلغ المعاش الاستثنائي . سواء كان في صورة إيراد مدى الحياة أو في صورة مكافأة إجمالية ، من مبلغ التعويض الكامل المستحق لندوظف (١) . لكن إذا قبض الموظف معاشه العادي طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التعويض الكامل ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حادث وفاة المستخدم التي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرسلته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضاً التزام من يكون مسؤولاً عن الحادثة بالتعويض الذي يستحق بموجب القانون المدني . ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة ، وأجاز زيادتها تبعاً لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع لأرسلته للمستخدم وأولاده . فهذان الالتزامان ، وإن كانتا تختصان في الأساس القانوني ، مما متصفتان في النية ، وهما جبر الضرر الواقع للضرر . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملاً مكافئاً لتقدير الضرر ، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تكون إضراراً لا سبب له . ومن ثم فإنه عند ما تكون الحكومة مسؤولة أيضاً عن التعويض الذي أسسه القانون المدني يكون من التبعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدني المستحق . وهذا الظر يفرض وما قرره الشارح في حالة مماثلة ، فإن قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذي قرر التزام صاحب العمل - على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات - بأن يدفع بقدر معلوم كذلك تعويضاً للمصاب المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدني (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ س ٢٥١) . وقضت أيضاً بأن استناد المحكم المظنون فيه إلى المادة ٣٣ من قانون المعاشات (رقم ٥ لسنة ١٩٠٩) دون المادة ٣٩ منه لا يؤثر على سلامة النظر الذي ذهب إليه باعتبار أن المكافأة التي تمنحها الطاعة للمظنون عليه هي مكافأة استثنائية بقدر معلوم استحقها وفقاً لمسئلة القانون كتعويض على مجرد الإصابة التي لحقت وأفضته عن مواصلة العمل في خدمة الحكومة ، وأن حقه في التعويض الكامل الجابر لضرر الذي لحقه يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدني إذا كانت هذه الإصابة قد نشأت من خطأ تأسل عنه الطاعة (نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ملحق رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المعاش المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابتهم بسبب العدو أو بسبب حوادث في وقائع حرية أو في أموريات أمروها لا علاقة له بالتعويض الذي يستحقه صاحب المعاش قبل من سببه له الإصابة عن عمد أو تقصير منه ، وذلك لاختلاف الأساس القانوني للاستحقاق في المعاشات عن التعويض (نقض جنائي في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٣١٧) . وهذا الحكم قد حاد عن البسأ الصحيح الذي قررناه ، وقد انتقده محم الدكتور سليمان مرفس في تعليقه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

لأن المالك العادي كالمالك التأمين إنما استحق لقاء الاستقطاعات الدورية التي
أخففت من مرتب الموظف (١).

لما إذا كان المضرور قد تلقى صدقة أو إحساناً من الغير مواساة له فيما أصابه
من ضرر ، فلا يجوز للمشتول أن ينقص من مبلغ التعويض الذي يلزمه بمقتضى
هذه الصدقة ، فإن صاحب الصدقة قد تبرع بها للمضرور لا للمشتول .

الفصل الثاني

المسئولية عن عمل الغير
والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٦٢ - المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الإثبات بل على خطأ

مفترض : بسطنا قواعد المسئولية بوجه عام ، فاستعرضنا أركانها وفصلنا
أحكامها . وجريتنا فيما قدمناه على أن الخطأ الذي تقوم عليه المسئولية هو خطأ
واجب الإثبات ، يثبت مدعى المسئولية وهو المضرور .

وننتقل الآن إلى حالات خاصة في المسئولية يجمعها أنها تقوم كلها لا على
خطأ واجب الإثبات ، بل على خطأ مفترض على خلاف في الرأي ستفصله
فيما يلي . وقد توخى المشرع فيها أن ييسر على المضرور التعويض عما أصابه
من الضرر ، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الخطأ .

وقد قسم القانون المدني الجديد هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية
عن عمل الغير وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

(١) تنص مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ من ٢٥١ وقد سجت
الإشارة إلى هذا الحكم في الماشية السابقة . وقرر الحكم ، في المادة التي نحن بصددنا ،
ما يأتي : «ولكن السكافة العادية التي تستحقها ورتبة المتخدم عند وفاته ودية طبيعية والتي
لا علاقة لها بالمادة ولا بالتعويض المستحق عنها ، فهذه تبقى مستحقة للورثة بالإضافة
إلى التعويض» .

الفرع الأول

المسئولية عن عمل الغير

٦٦٣ - مآله : يكون الشخص مسئولاً عن عمل الغير في حالتين :
(الحالة الأولى) هي حالة من يجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة
ويكون مسئولاً عن الأعمال الصادرة من هذا الشخص .
(والحالة الثانية) هي حالة المتبوع ويكون مسئولاً عن أعمال التابع .

المبحث الأول

مسئولية من يجب عليه الرقابة عن م في رقابته (*)

(Responsabilité du surveillant du fait de son surveillé)

٦٦٤ - النصوص القانونية : كانت المادة ١٥١ من القانون المدني
الوطني القديم تنص على ما يأتي :

«وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته
أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته لإيهاهم .»

وكانت المادة ٢١٣ من القانون المدني المختلط القديم تنص على ما يأتي :
«يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم في رعايته
أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته لإيهاهم .»

(*) بني المرجع . بولاتون (Boulaton) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - كومبسكي
(Combescuru) رسالة من مونييه سنة ١٩٣٧ - كورتو (Courteaud) رسالة من
جرينوبل سنة ١٩٣٨ - جروميتر (Gronmetro) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ - جانبيير
(Jeanpierre) رسالة من ناني سنة ١٩٣٨ - بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ -
أليبرت (Alberti) رسالة من إكس سنة ١٩٤٢ - اللوجيز للوفل فترة ٣٤٥ - فترة
٣٤٨ - مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فترة ١٤٨ - فترة ١٩٢ - الدكتور
حمت أبو سنيت بك فترة ٤٩٧ - فترة ٥١٣ - الدكتور سليمان مرقس في الفصل الأخير
فترة ٧٤ - فترة ٨٧ .

وكانت هذه النصوص معينة من وجوه متعددة : (١) فهي من حيث الصياغة كانت قلقة مضطربة ، إذ تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عن هم تحت رعايته بناء على خطأ مفترض ، وتعرض طورا لمسئولية متولى الرقابة بناء على خطأ ثابت في جانبه ، مع أن المقصود هو المسئولية الأولى (١) . (٢) ثم هي لم تبين في أى الأحوال وبأى الشروط يصبح الشخص متوليا الرقابة على غيره . (٣) وهي أخيراً لم توضح أساس المسئولية ، وهل هي قائمة على خطأ مفترض . وهل هذا الافتراض يقبل إثبات العكس (٢) . فجاء القانون المدنى الجديد بنصوص تجنب فيها هذه الميوب ، إذ نص في المادة ١٧٣ على ما يأتى :

١ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مجزئ .

٢ - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة . ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية (٣) .

(١) الموجز للزولف فقرة ٣٤٥ .

(٢) ومع ذلك فإن هذه النصوص ، على ما فيها من عيوب ، كانت خيراً من شلجها في القانون المدنى الفرنسى (م ١٣٨٤) التى لم تضع قاعدة عامة ، بل انصرفت على ذكر طوائف من المسئولين على سبيل المصير (أنظر ملزو ١ فقرة ٧١٢ - فقرة ٧١٩) .

(٣) تاريخ النسخ : ورد هذا النص في المادة ٢٤١ من المشروع التيمى على الوجه الآتى :

١٥ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير =

ونبحث في صدد هذا النص أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

== بسله غير المشروع . ويتحقق هذا الالتزام قائماً حتى لو كان من وقته العمل الصارغ بميز .

٢ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبئ من العناية . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، بعد أن أصبح رقمها ١٧٧ فى المشروع النهائي ، على الوجه الآتى :

١٥ - كل من تولى رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسدية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بسله غير المشروع . ويتربط هذا الالتزام ولو كان من وقته منه العمل الصارغ بميز . ٢ - ويترتب القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو فى الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم ، وتنقل الرقابة على الزوجة القاصرة إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج . ٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبئ من العناية . وقد قام هذا التعديل على الاعتبار الآتى :

(أولاً) تجبى جعل المسئولية على من يجب عليه قانوناً رقابة شخص ، فإن هذا من شأنه أن يشير فكرة الولاية على النفس وأحكامها فى العصرية الإسلامية بما قد لا يلقى ترحيباً مع فكرة الرقابة فى القانون الحديث . (ثانياً) حدد فى التعديل إلى أى سن يكون الصبي فى حاجة إلى الرقابة ومن تنقل الرقابة إلى المعلم فى المدرسة أو فى الحرفة وللمن تنقل الرقابة على الزوجة القاصر . وقد أشير فى لجنة المراجعة إلى تدرج فى التشدد فى افتراض الخطأ ، فتارة يفتنى الافتراض بإثبات عدم الخطأ ، وطوراً بإثبات عدم القدرة على منع العمل غير المشروع ، وثالثة بإثبات السبب الأجنبي وهذا يفتنى علاقة السببية لا يفتنى افتراض الخطأ . وبموجب هذا التأمّل أن دفع المسئولية إنما يكون بأحد أمرين : إما يفتنى الخطأ وإما يفتنى علاقة السببية . ففى الحالة الأولى من هذه الحالات الثلاث المتدرجة قد انتهى الخطأ ، وفى الحالتين الثانية والثالثة قد انضمت علاقة السببية (أنظر : نفس مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ الحاملة ١٥ رقم ١/٩٤ س ١٩٨ وسنود إلى هذا الحكم فيما يلى) . وقد وافق مجلس النواب على النص كما ورد فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة انتهت إلى إضافة كلمة «المعترف» فى الفقرة الثانية وإلى استبدال عبارة «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص» بعبارة «كل من تولى رقابة شخص» لأن مناط المسئولية هو وجود التزام بالرقابة والالتزام فى هذه الحالة إما أن يكون مصدره الاتفاق أو نص القانون . وأصبح رقم المادة ١٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٤٠٥ - س ٤١٢) .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة

٦٦٥ - شرطه **تفويض المسؤولية** : تتحقق المسئولية إذا تولى شخص الرقابة على شخص آخر . وصدر ممن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت في جانبه فأوجب مسئوليته . ومن ثم يكون متولى الرقابة مسئولاً عن هذا العمل غير المشروع .

تتحقق المسئولية يستلزم إذن شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر . (٢) صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

١ § - تولى الرقابة

٦٦٦ - **الالتزام بالرقابة** : لا تتحقق المسئولية إلا إذا قام التزام بالرقابة . ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص . مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه ، ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه . فلا يكفي إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسئولاً عنه ، بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاق يتولى هذه الرقابة . وقيام هذا الالتزام هو الذى ترتب عليه مسئولية متولى الرقابة

وعلة هذا الالتزام كما جاء في النص ، حاجة الشخص الموضوع في رقابة غيره إلى هذه الرقابة ، إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية ، وإما بسبب حالته الجنسية . فالتقاصر في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره . والمجنون والمعتوه وذو النقلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية . والأعمى والمقعّد والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته الجنسية . ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم ، كالتقاصر والمجنون والمعتوه وذو النقلة يضعهم القانون في رقابة الآباء أو أولياء النفس . ومنهم من تقوم الرقابة عليه بالاتفاق مع متولى الرقابة ، كمدير المستشفى والمرضى يتفق

معهما على تولى رقابة المرضى (١) .

أما الرقابة التي لا تقوم بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجناء على المسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسى على أعضاء حزبه (٢) ، فلا تترتب عليها هذه المسؤولية .

٦٦٧- الحالات التي يخوم فيها الالتزام بالرقابة: لم يحصر القانون

الحالات التي يتولى فيها شخص الرقابة على غيره ، واكتفى بأن قرر أن هذه الحالات تقوم إذا قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً. والرقابة في الأصل تقوم على القاصر . فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه . إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ . فستعرض إذن هاتين الحالتين : حالة القصر وحالة البلوغ

(١) القاصر : اظهر حالات الرقابة هي كما قدمنا حالة القاصر . وقد عني المشرع بها فخصص لها الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ إذ يقول : « ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يضل نص المشروع ماورد من النصوص في التقنين المصري الحال من وجود ثلاثة . فهو يحدد أولاً فكرة الرقابة تحديداً يتأ . ويراعى أن نصوص التقنين الحال ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسي ، من حيث تدلرك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نص في بيان من لم حق الرقابة ، إلا أنها في صياغة هذه الفكرة قد بلغت في الإيجاز والانتصاب . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علته ومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره ، ولما بسبب حاله العقلية أو الجسمية . ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ما بقى الابن محتاجاً إلى الرقابة . ويقتدر القاضي تباعاً لظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لازماً قاطعة . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيته ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والريب أو الممرض على رقابة من نيظ به رقابته من المجانين أو الزمنى ، ما بقى هؤلاء الأشخاص جيباً في حاجة إلى تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسدية . أما فيما يطبق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو في الأصل نص القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هي التي تقضى عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصى على حسب الأحوال . وقد يخض الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن في المدارس . (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧) .

(٢) وقد قضت محكمة القاهرة الجزئية المختطة بأن رئيس الحزب السياسى لا يعتبر مسئولاً عن الأعمال الجماعية لحزبه ولا عن الأعمال الفردية لأعضاء الحزب (١٥ يونية سنة ١٩١٠ جلزت ١ ص ١٥٩) .

في الحرة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف ، وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

فالقاصر إلى سن الخامسة عشرة - وهي من بلوغ الحلم في الشريعة الإسلامية - يعتبر في حاجة إلى الرقابة إطلاقاً . ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن في كنف من يقوم بتربيته . والذين يقومون بتربيته هم أولاً الأب إذا وجد ، فهو الولي الشرعي على النفس . وهو المكلف قانوناً بالرقابة على ولده . فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد . ويكون عادة ولي النفس من جد أو عم أو غيرهما . وقد تنقل تربية الولد ، ولو بطريق الاتفاق الضمني ، من ولي النفس إلى الأم . وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة . فإن بلغها الولد ، وتحرر فوق ذلك من قيود التربية ، ولم يعد يعيش في كنف أحد ، وأصبح يكسب عيشه بنفسه ، فلا يكون أحد مسئولاً عنه . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون . أما إذا بقي يعيش في كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة - وعاء الإثبات هنا على مدعى المسئولية - فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه ، قانوناً إن كان ولي النفس واتفاقاً إن كان غيره ، ويبقى مسئولاً عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد ، أو إلى أن يفصل في معيشة مستقلة فلا يعود يعيش في كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة . والاستقلال في المعيشة هنا لا يعني حتماً الاستقلال في المسكن ، فقد يكون الولد مقياً مع أبيه في مسكن واحد ولكنه مستقل عنه في المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسئولاً عنه ، وقد لا يكون الولد مقياً مع أبيه في مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسئولاً (١) .

(١) وكان القانون المدني القديم ، كما رأينا ، غير صريح في بيان الأحوال والشروط التي يجبر فيها الأب متولياً لرعاية على ابنه . ومن ثم اضطربت أحكام القضاء في ذلك . فهناك من الأحكام ما سار القانون المدني الفرنسي (١٣٨٤ م) ، فجعل الأب متولياً للرعاية على ابنه ما دام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد وكان مقياً مع أبيه . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن الأب يبقى مسئولاً مديناً عن الأضرار التي تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد ، ولا يشترط لتطبيق هذه المسئولية إلا إلهة القاصر مع أبيه (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحلة ١٢ رقم ٤٩٤ م ١٩٠ - أنظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٣ المحلة ١٤ رقم ١٧٨ م ٢٠١) - وقضت كذلك بأن رعاية الأب تجرم على ابنه بتحق أم من أساسين : أولها إذا كان الابن متضاماً والدة ، =

ونرى من ذلك أن القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون في رقابة أحد هو المسئول عنه ، ويكون الأب ، فإن لم يوجد فولي النفس ، إلا إذا

=والثاني إذا كان قاصراً عن درجة البلوغ (استأنف مصر الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المجلد ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة أسيوط الكلية بأنه لا كان منشأ مسئولية الآباء عن أعمال أبنائهم سلطة الآباء سالفة الذكر ، فتسكون هذه المسئولية ملازمة لهذه السلطة ، فتزول بزوالها ، وتزول بوجودها . ولهذا قيد الشارع الفرنسي هذه المسئولية في المادة ١٣٨٤ بدين ، الأول لإقامة الوالد مع ابنه ، وثانيهما كون الابن قاصراً . فإذا كان الولد رشيداً يبدأ أمور نفسه ، أو كان الولد غير مقيم مع والده كأن الحق بالمجنس قبل بلوغه سن الرشد ، أو كان والده غائباً عنه غيبة منتظمة ، فلا سلطة للأب في هذه الأحوال ، وبالمثل فلا مسئولية (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المجلد ١٤ رقم ٢/٢٢٢ ص ٤٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بالأما مسئولية على الأب عن أعمال ابنه الذي بلغ سن الرشد (استئناف مخطوط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣) .

وهناك أحكام ربطت تولي الأب الرقابة على ابنه بسن الولاية على النفس وهي خمس عشرة سنة . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ١٥١ من القانون للدن (القديم) إذ نصت في الفقرة الثانية على مساءلة الإنسان عن تمويض الضرر الناشئ . فليس من إهمال من لم تحت رعايته ... قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التي قررت لها استثناء وخروجاً على الأصل إنما تقوم على ما للمسئول من سلطة على من يشر لتركيب الفعل الضار وما تختص به السلطة من وجوب تعهده بالمحفظ والرقابة لمنع الضرر عنه ومنه من الإضرار بالغير . وإذا كانت السن إحدى موجبات المحفظ ، فأما للمسئولية من تاجيتها هو كون سن من يشر لتركيب الفعل الضار يقتضى وضعه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا للسن المحددة في القانون للولاية على المال ، فإن المحفظ (garde) الذي هو أساس للمسئولية بمناه لفة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت المحفظ ، إذ قد يكون الإنسان قاصراً فيما يختص بماله ، ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ، ولا سلطة فيما يختص بشخصه . وإذن في دعوى التمويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف من وقع منه الضرر إلا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رضى عليه الدعوى أم لا . فالمحكم إذا أسس قضاءه برفض دعوى التمويض المرفوعة على والد التهم على ما تبينه المحكمة من أن التهم قد تجاوزت سنه المدعى الذي تنتهي به ولاية أبيه على نفسه . يكون قد أصاب ولم يخطئ . (قض جنائي في ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٤ رقم ١٠٠ ص ٣٢٦) . وقضت في حكم آخر بأن الحكم للمحفظ الطنون فيه إذ اعتبر الوالد مسئولاً عن عمل ابنه بعد أن كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره ، وكانت سنة وقت المصادقة أكثر من تسع عشرة سنة ، وإذا قل إن الابن يبقى في حفظ أبيه حتى يبلغ إحدى وعشرين سنة ، يكون قد أخطأ ، لأن حق المحفظ بالنسبة لصغير مرتبط بالولاية على النفس ، وينتهي بانتهائها ، ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال (قض جنائي في ٣ مايو سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٤ ص ٣٢٦ في المجلس ، القضية رقم ٧٥٨ سنة ٦٣ خصائية - وانظر أيضاً : قض جنائي في ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عام ٢ - ٢٧ - ٢٠ =

انتقلت الرقابة انشاقاً إلى الأم (١) أو إلى غيرها . وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة ، فإن ظل يعيش في كتف من يقوم على تربيته في هذا مستولاً عنه ، إلى أن ينفصل الولد في معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد .

والولد وهو في كتف القائم على تربيته يكون في مرحلة التعليم . فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه - وقت وجوده بالمدرسة فقط - إلى معلم

= وانظر تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ - ١٦١ . وتليقاً له أكثر في مجلة القانون والاقتصاد ١٩ المدين الأول والثاني .) وقضت محكمة الإسكندرية السككية الوطنية بأن الولد لا يكون تحت رعاية الأب متى تجاوز الخامسة عشرة من عمره أخذاً برأي صاحبين في الولاية على النفس ، ويكون مستولاً وحده عن كل أعماله المتعلقة بنفسه والتي لا علاقة لها بأمواله ، فيسأل عن عدم احتياظه وإعماله ، كما أنه ابتداء من هذه السن أيضاً مسئول عن جرائمه كما تخضع بذلك المادة ٦٦ عقوبات . وعلى ذلك كان من الخطأ القول بمسئولية الأب حتى بلوغ الابن سن الرشد القانوني ، أي سن الحادية والعشرين (١١) بولية سنة ١٩٣٣ المجلد ١٤ رقم ٢/٢١٩ ص ٤٢٠ - أنظر أيضاً : محكمة البينة زغب في ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المجلد ١٥ رقم ٢/٢٦ ص ٥٩ - محكمة دكرنس في ٢٦ يولية سنة ١٩٣٥ المجلد ١٦ رقم ٤٤ ص ١٠٨ .

وهذا حكم أخذ بما استقر عليه القانون المدني الجديد ، إذ قضت محكمة الطائرين بأن مسؤولية الأب عن ابنه لا تخرس بعد بلوغ الابن سن الرشد والعشرين ، وإنما يحتفظ القاضي بحرية التصدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين (٢٥) بولية سنة ١٩٣٣ المجلد ١٥ رقم ٢/١٣٧ ص ٢٩٩ . وغرب من هذا حكم محكمة الاستئناف الوطنية المنشور في صلب حكم محكمة النفس الجنائية في ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عامم للنفس الجنائي ٢ - ٢٧ - ٢١ .

ويرى الدكتور سليمان مرقس أن القانون المدني القديم لم يكن يحدد سناً معينة تقف عندها مسؤولية الأب المفترضة عن ابنه ، وقد تقوم هذه المسؤولية حتى بعد بلوغ الابن سن الرشد متى كان بائناً تحت رعاية أبيه وفي كتفه (أنظر تعليق المثار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٨ - ١٤٩ . وانظر تليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٢٨ - ص ٣٤٤) .

(١) وقد يكون للأم الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال في سن الحضانة ، فهي انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده . وقد قضت محكمة بورسيه الجزئية المختطة بأن الأب دون الأم هو المسئول عن أفعال ولده عند ما يبلغ سن التمييز (سبع سنوات) ، لأن الأب هو وحده الذي يتولى الرقابة على ولده منذ أن يبلغ هذه السن (١٥) بولية سنة ١٩٢٩ بجزيت ٢٠ رقم ١٩١ ص ١٧٧ .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن أم القاصر مسئلة عنه ولو لم تكن هي الوصية عليه (٧) فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١١٩ ص ٣٢٢ .

الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس المدرسة ما دام في المدرسة (١) . وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة ، كانت الدولة مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولة المتبوع عن التابع (٢) . وإن أخذ الولد يتعلم حرقة ، انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرقة مدة وجوده تحت إشرافه . ولا ضرورة لوجود عقد صريح بالتمرين على الحرقة ، فالترين الفعلي يستخلص منه عقد ضمني ، وهذه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع . ومتى فرغ الولد في يومه من المدرسة أو من تعلم الحرقة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته وكان هذا هو المسئول عنه (٣) . ونرى من ذلك أن الولد ما دام

(١) وقد قضت محكمة النقض ألا خطأ إذا تقي الحكم خصم الولد في ملاحظة ابنه بناء على أن المادة التي وقعت من هذا الابن قد حصلت أثناء وجوده في المدرسة بمأى عن والده الذي يقع في بلد آخر وفي رعاية غيره من القائمين بشؤون المدرسة (نقض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحللة ١٥ رقم ١/٩٤ من ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسئولة الولد عن أفعال ابنه المنزلة بالتبرع عنه متى كان ابنه جيداً عن رعايته . مشولاً برعاية المدرسة التي تتولى أمر تعليمه ، فالاعتناء الذي يقع من ابنه أثناء وجوده بالمدرسة بسبب عدم المراقبة والملاحظة لا يجعل الولد مشولاً بطريق الضامن مع إدارة المدرسة لأنها هي المسئولة عن تلاميذها من وقت دخولهم المدرسة إلى وقت انصرافهم (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحللة ١٢ رقم ١٢٨ من ٢٣٩) . ولا يكون الأب مشولاً ما دام ابنه بعيداً عن رعايته مشولاً برعاية المدرسة ، حتى لو كان الاعتناء الصادر من الابن قد وقع على المعلم عنه الذي انتقلت إليه الرقابة .

ومع ذلك قد تحقق مسئولة الأب عن خطأ ارتكبه الابن وهو في المدرسة ، إذا كان خطأ الابن مسبوقاً بخطأ ثابت في جانب الأب . وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأنه ولو أن الابن القاصر يقع بعيداً عن والده بمدرسة يقيمها لهاكل ، إلا أن مسئولة الأب تتحقق إذا ثبت أن السل الذي ارتكبه الابن كان مسبوقاً بخطأ ارتكبه الأب نتيجة سوء تربيته ، كما لو عود ابنه على استعمال الأسلحة النارية ، واشترى له مسكاً ، وسمح له بعمله داخل المدرسة ، وغرم مسئولة الأب بجانب مسئولة مدير المدرسة التي ترتبت على عدم رقابة حل هذا اللاح واستصاح (١٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحللة ١١ رقم ٦٧ من ١٠٩) .

(٢) أنظر في مسئولة المدرسين المنزلة ومسئولة الدولة التي تعمل عليها في القانون الفرنسي ، ثم في قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذي جعل مسئولة المدرس في فرنسا تخوم على خطأ واجب الإثبات لا على خطأ مفترض ، مع حلول الدولة على مدرسيها في المسئولية في بس الحالات ، للمل ١٢٠٠٠ ققرة ٧٨٤ - ققرة ٨٥١ - ٥١ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الولد مسئول عن ولده القاصر ، ولو كان هذا الولد تلميذاً ، ما دام قد ارتكب السل خارج للمدرسة وفي وقت لم يكن فيه تحت ملاحظة معلمه (٢٩ مايو سنة ١٩١٦ القرار ٣ رقم ٢٢١ من ٦١١ - المحقوق ٣٢ من ٢) .

في مرحلة التربية يكون دائماً تحت الرقابة ، وتنقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال على النحو الذي قلناه .

وقد يكون القاصر بنأ تزوج قبل بلوغها سن الرشد ، فتنتقل الرقابة عليها بمن كان قائماً على تربيته إلى زوجها ، وهو الذي يكون مسئولاً عنها ما دامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة ، لقصره أو لأي سبب آخر ، فإن متولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة ، ويكون مسئولاً عن كل منهما . فإذا ما بلغ الزوج سن الرشد ، ولم تبلغها الزوجة ، صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

(٢) البالغ من الرشد : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يزال في دور التعلم ، وحتى لو بقي يعيش في كنف فويه ، ولا يكون أحد مسئولاً عنه ، لا في البيت ولا في المدرسة ولا في الحرة . ذلك أنه ببلوغه سن الرشد أصبح في غير حاجة إلى الرقابة ، والزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليه . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها ، أو رقابة متولى الرقابة على زوجها ، متى بلغت سن الرشد ، إذ تصبح في غير حاجة إلى الرقابة كما قلنا .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلاً كان أو امرأة . فلو أصيب البالغ من الرشد بجنون أو بعت أو كان ذا غفلة ، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظراً لحالته العقلية . ويتولى الرقابة في هذه الحالة ولي النفس ، أو الزوج ، أو الزوجة (إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة) ، أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقاً كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير الأقرباء (١) .

كذلك لو أصيب البالغ من الرشد بمرض أعجزه ، وجعله في حاجة إلى

(١) وقد قضت محكمة الإكسبرية الكلية الوطنية بأنه إذا ارتكب المجنون جرماً كان والده مؤاخذاً مديناً عن عمله (١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحلة) رقم ٤١ ص (٧٥) — وقضت محكمة الاستئناف المختطة بأن الزوج يسأل عن زوجته ومن تسوق البيرة وهو ولي جانيها ، وكان يستطيع أن يحد من سرعتها (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٧ — هنا ويجوز أن تكون مسئولية الزوج هي مسئولية التبوع عن غايه ، وبخاصة إذا لم تكن الزوجة قاصراً) .

الرقابة نظراً لحالته الجسمية ، كان كف بصره أو صار مقعداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه اتفاقاً من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية . من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك . ويكون هذا مسئولاً عنه ما بقى في رقابته .

٢٥ - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

٦٦٨ - العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة ، لا يقع عليه :

فإذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه - متولى الرقابة والخاضع للرقابة - وجب لتحقيق مسئولية متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة : الولد أو التلميذ أو صبي الحرية أو المجنون أو الأعمى أو نحو ذلك .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة ، لا أن يقع عليه . أما إذا وقع عليه فليست هناك مسئولية مفترضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبي تلميذاً بالأذى في وقت يكون فيه التلميذ في رقابة رئيس المدرسة . فلا يكون هذا الرئيس مسئولاً عن خطأ الأجنبي إلا في حدود القواعد العامة للمسئولية ، فيجب إذن إثبات خطأ في جانب الرئيس حتى يكون مسئولاً . كذلك لا يكون الرئيس مسئولاً إلا على أساس خطأ يجب إثباته في جانبه إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، لأن العمل غير المشروع في هذه الحالة إذا كان قد أحدث ضرراً فقد وقع هذا الضرر على التلميذ لا منه (١) .

(١) هذا ما لم يترتب رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ مسئولية عقدية ، فيكون مسئولاً عما يلحقه التلميذ من الأذى بنفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . ويترتب رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ بوجه خاص في أثناء الرحلات المدرسية .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجلد ٢٠ رقم ٤٩٣ ص ١١٦٦) بأن إدارة المدرسة التي ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلزم قبل أهلهم برعايتهم ، وعلى ذلك فهي ضامنة سلامتهم ووردهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يمسهم في هذه الرحلة مسئولية عقدية ترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها هي تقع عبء إثبات عذرهما ، بأن ثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وأن تسييراً لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مها بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ويلاحظ في شأن هذا الحكم أن المحكمة عندما طالبت =

فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة، حتى تتحقق مسؤولية هذا الشخص. وقد تتحقق مسؤوليته في بعض الحالات عن طريق افتراض خطأ في جانبه، كما لو كان يسوق سيارة فلهي أحد العابرة، فهو مسئول عن خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ومتولى الرقابة عليه مسئول عنه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس. فإذا ما تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة على أساس خطأ ثابت أو على أساس خطأ مفترض، قامت إلى جانبها مسؤولية متولى الرقابة. ونرى من ذلك أن المسؤولية الثانية لا تجب المسؤولية الأولى، ولكن تقوم إلى جانبها.

٦٦٩ - مائة مائة، المانع للرقابة غير مميز: وقد يكون الخاضع

للقابة غير مميز - صيباً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً - فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو لا يجوز في حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه؟ نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ صريح في هذه المسألة إذ يقول: «ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز». والخطأ الذي وقع هنا من غير المميز هو خطأ قام ركنه المادي أى ركن التصدي، دون ركنه المعنوي أى ركن التمييز. ولذلك وصفه النص «بالعمل الضار» دون العمل غير المشروع أو الخطأ.

والذي بلغت النظر في مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال غير المميز أنها، خلافاً للمسؤولية عن أعمال المميز، مسؤولية أصلية لا تبعية. ذلك أن مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال المميز هي مسؤولية تبعية، تقوم بقيام مسؤولية الشخص

= إدارة المدرسة بنى المسؤولية لم تكن واضحة في تعيين الأمر الذى يطلب من الإدارة إثباته. فقد ذكرت أن الإدارة ثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المقرض عليهم على وجه مرضى وأن تصديقاً لم يقع منهم. وهذا لا يكن، فمسؤولية عقوبة ولا تنفى إلا إثبات الجب الأجنبية، لا بمجرد تقي الخطأ، والذى يتفق بمجرد تقي الخطأ هو المسؤولية عن الضرر الذى يقع من النجيد لا الضرر الذى يقع عليه. ولكن المحكمة ذكرت بعد ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت أن أية مراقبة بها بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتصل دون وقوع الحادث فلتزيد. ومعنى ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت القوة القاهرة، والقوة القاهرة سبب أجنبي تنفى به المسؤولية العقوبة. ويمكن تخريج حكم المحكمة على هذا الوجه، لولا التضارب الذى ورد في عباراتها (أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرضى في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٦).

الموضوع تحت الرقابة . أما إذا كان هذا غير مميز ، فلا يمكن القول في هذه الحالة إن مسئولية قد تحققت فتحقق تبعاً لها مسئولية متولى الرقابة . بل الواجب أن يقال إن مسئولية متولى الرقابة هنا هي مسئولية أصلية قامت مستقلة ، وأساسها خطأ مفترض في جانب المسئول . ولا تستند هذه المسئولية إلى مسئولية غير المميز ، فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولاً إلا لمسئولية موضوعية مخففة عند تعلل الرجوع على متولى الرقابة (م ١٦٤ فقرة ٢) (١) .

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه مسئولية متولى الرقابة

٦٧٠- مسائل أربع : متى تحققت مسئولية متولى الرقابة على النحو الذي قدمناه ، قامت مسئولية على أساس خطأ مفترض (٢) . والافتراض

(١) وقد جاء في للذكرة الإيضاحية للمشروع التيمى في هذا المبدأ ما يأتي : «دعنا للشروع على أن مسئولية الشخص عما يقع من نيت به وفاته تظل قائمة ، ولو كان حدث الضرر غير مميز . وهو بذلك يقرر الحكم التبع في ظل التفتين المال . يد أنه رؤى من الأنسب أن ينس صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون في عدم تمييز الفاعل الأصل ، وإرتفاع مسئولية ترضاً على ذلك ، مدخل لتلك عند التطبيق ، باعتبار أن المسئولية التبعة لا تهرم إلا مستندة إلى مسئولية أصلية . ولكن الواقع أن مسئولية للكلف بالرقابة في هذه الحالة ليست من قبيل المسئوليات التبعة ، بل هي مسئولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهي بهذه التابة مسئولية شخصية أو ذاتية . أما غير البير فهو الذى تقع على فاعله مسئولية مادية أو موضوعية يعلق فيها معنى التبعة عند تصرف رجوع للمسبب بالتوبيخ على الكلف بالرقابة ، وهو المسئول بطريق الإساءة مسئولية ذاتية أو شخصية » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ١٠٧) .

وقد رأينا فيما قدمناه أن متولى الرقابة لا يكون مسئولاً عن عمل غير المميز إلا إذا كان هذا العمل قد استوفى الركن المادى للخطأ وهو التمسى ، دون الركن المضموى وهو التمييز . فالعمل المشروع الذى يصدر من عدم التمييز لا يوجب مساءة متولى الرقابة ، لأن هذا العمل ليس بصد . وإنما تقوم مسئولية متولى الرقابة إذا كان العمل الصادر من عدم التمييز يعتبر خطأ لو أنه كان صادراً من شخص مميز ، وعلى هذا الوجه يتفق العمل الصادر من عدم التمييز الركن المادى للخطأ دون الركن المضموى (أنظر في هذا المسألة تلياً الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨) .

(٢) ومع ذلك فقد كان القانون الذى ألغى أكل وضوحاً في إقامة المسئولية على خطأ مفترض . ومن ثم فسدت بعض الأحكام في عهد هذا القانون بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على =

هنا قابل لإثبات العكس . فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسؤولية عنه بنفى الخطأ . ويستطيع كذلك رفع المسؤولية بنفى علاقة السببية ، بأن يثبت السبب الأجنبي . فإذا لم ينف علاقة السببية ولم ينف الخطأ تحققت مسؤوليته ، ولكن هذه المسؤولية كما رأينا لا تجب مسؤولية الشخص المخاض للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع .

فلما إذن أن نعالج مسائل أربعا : (١) ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة (٢) كيف ينفى هذا الخطأ المفترض (٣) كيف ينفى علاقة السببية (٤) أثر قيام المسئولين فى وقت واحد : مسؤولية متولى الرقابة ومسؤولية المخاض للرقابة

٦٧١ - ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة : الخطأ

المفترض فى جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة . فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما يقتضى من العناية . فإذا ارتكب القاصر مثلا عملا غير مشروع ، افترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر فى رقابته ، فكنه بهذا التصغير من ارتكاب هذا العمل . ويتسع افترض الخطأ للمدى أبعد ، فيفترض أيضاً أن متولى الرقابة قد أساء تربية الشخص المهود إليه رقابته ، فهى له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع (١) . ونرى من ذلك أن القاصر مثلا إذا ارتكب عملا غير مشروع ، وكان من يتولى الرقابة عليه ويقوم على تربيته هو أبوه ، فالمفروض أن الأب إما

= خطأ ثابت لا على خطأ مفترض . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه لا يوجد خطأ مفترض فى جانب متولى الرقابة ، بل يجب إثبات خطأ الأب إذا كان أبه القاصر قد اختلص رخصة قيادته (٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ م ٢٨١ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٤٨٦ - وفى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ١٤٨) . فإذا ترك الأب البارة لابنه الصغير بالرغم من أن هذا لا يثنى عن قيادة البارات ، لارتكب الأب خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ٢٦٣) . أما القانون المدنى الجديد فهو هلع فى الصريح بأن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض .

(١) انظر فى هذا الذى ملزموه ٧٦٧ . ويتبين من ذلك أن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ شخصى فى جانبه ، فهى ليست مسؤولية عن التأثير كمسؤولية المتبوع عن التابع ، بل هى مسؤولية ذاتية قامت على خطأ شخصى افترضنا أن متولى الرقابة قد ارتكبه فعلا .

أن يكون قد قصر في رقابة ولده ، أو أنه أساء تربيته ، أو أنه ارتكب الخطأين معاً : قصر في الرقابة وأساء التربية .

ويلاحظ أن افتراض هذا الخطأ لا يقوم إلا في العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضروب ، فهو افتراض قرره القانون لصالح المضروب تجاه متولى الرقابة ، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة . ومن ثم لا يجوز للمضروب ولا لمتولى الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة ، بل يجب الرجوع على هذا لإثبات خطأ في جانبه (١) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا مانع من اجتماع هذه المسئولية القائمة على خطأ مفترض والمسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات . فيجوز للمضروب ألا يعتمد على الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة ، ويعتمد هو لإثبات خطأ في جانبه ، فيمنعه بذلك من نفي الخطأ المفترض . كذلك لا مانع من اجتماع هذه المسئولية ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا عمل قاصر في خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير ، قام إلى جانب مسئولية القائمة على خطأ ثابت مسئوليتان أخريان الخطأ في كل منهما مفترض : مسئولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما رأينا ، ومسئولية المخلوم الذي يعمل القاصر في خدمته وتقوم في بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما سئرى . ويجوز للمضروب أن يرجع على كل من متولى الرقابة والمخلوم بكل التوفيق ، ومن دفع منهما التوفيق رجع بنصفه على الآخر . وهذا كله دون إخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضروب .

٦٧٢- كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترضه : رأينا أن الفقرة الثالثة

من المادة ١٧٣ تنص على ما يأتي : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة » . فالخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس . ويستطيع متولى الرقابة - وهو الذي يحمل عبء الإثبات ما دام الخطأ مفترضاً في جانبه -

(١) وهنا ما لم يتم في جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ يفرض من نوع آخر ، كالموكلين بسوق السيارة فتمس أحد العابرة ، وقد خدمت الإشارة إلى ذلك .

أن ينشأ هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية ، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة لمنع من نطت به رقابته من الإضرار بالغير . فإن فعل ذلك ، انتهى الخطأ المفترض في جانبه ، وارتفعت عنه المسؤولية (١) .

على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية ، وبخاصة إذا كان متولى الرقابة أباً أو أما . . وينبئ على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة ، فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائماً في جانبه . ولا يلزم الضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية . بل الأب هو الذى يثبت أنه لم يسيء تربية ولده (٢) . وجعلنا القول إن متولى الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً في الرقابة في خصوص الخطأ الذى صدر ممن هو في رقابته . وأنه بوجه عام لم يسيء تربيته .

٦٧٣ - كيف ينشأ متولى الرقابة عموق السيئة : وليس الخطأ في جانب متولى الرقابة هو وحده المفترض . بل تفترض معه أيضاً علاقة السيئة ما بين هذا الخطأ المفترض وبين العمل غير المشروع الذى صدر ممن هو تحت الرقابة . ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السيئة تبعاً لافتراض الخطأ ، لكان افتراض الخطأ عبثاً لا يجدى . فإن الضرور إذا أعنى من إثبات الخطأ في جانب متولى الرقابة ، ثم طوبى بإثبات علاقة السيئة ما بين هذا الخطأ والعمل غير المشروع

(١) وما يتناقض مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يثبت الأبوأن ويتركها وحيداً ، أو أن يرخسها في أن يمارس ألعاباً خطيرة ، أو أن يتركها يهود دواجة أو سيرة من قبل أن يتخذ القيادة (انظر مازو ١ فقرة ٧٧٤ - فقرة ٧٧٧) .

(٢) وقد قضت محكمة أسبوط الكلية في هذا المعنى بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى ألحقت للأباء درة المسؤولية عن أعمال أبنائهم إذا أضروا الدليل على أنه ما كان في استطاعتهم منع الحادث الذى سبب الضرر . ومن المتفق عليه في ذلك أنه مع هذه الإباحة فإن مسؤولية الآباء تظل قائمة إذا حصل منهم خطأ سابق للعادة وليلاً . رتت ، كسوء التربية والتخلى عن حقوق الآباء وإظهار جانب اللين لهم . وأن نص المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى (القديم) لم تذكر شيئاً عن هذه الإباحة ، ولهذا يجب الرجوع لنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى الذى ذكرت تفصيلاً شروط مسؤولية الآباء عن أعمال أبنائهم . على أنه ما دام أن مبنى المسؤولية هو واجب التربية والرقابة ، فلا محل لمسئوليتهم متى تبين أنهم ظهروا بأداءه حين الواجبين على الوجه الأكمل (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الجلسة ١٤ رقم ٢/٢٢٧ ص ١٧٥) .

الذى وقع ممن قامت عليه الرقابة ، لا يضر وهو في صدد إثبات علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضاً . إذ تقتضى طبيعة الأشياء أن من يثبت العلاقة ما بين أمرين يثبت في الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقة بينهما . فكون قد بدأنا بإعفاء المضرور من إثبات الخطأ ، ثم طالبناه بعد ذلك بإثباته ، فسلبناه باليسار ما أعطيناه باليمين (١) .

فعلاقة السببية إذن مفترضة ، لا يكلف المضرور إثباتها ، ومتولى الرقابة هو الذى يكلف بنفيها . والنص صريح في هذا المعنى ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ في عبارتها الأخيرة إن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا هو وأثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما يبنى من العناية ويكفى في ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض في جانبه . فوقعه ، بالنسبة إلى متولى الرقابة لا بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة (٢) : كان بسبب أجنبي ، بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ . أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التصدير المفترض في جانب متولى الرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور ، بأن كان هذا الضرر يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنع ، فلم يكن الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو السبب في حدوث الضرر . مثل ذلك أن يقع الحادث الذى سبب الضرر وقوعاً مفاجئاً بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه (٣) .

-
- (١) أنظر في هذا المعنى ملزو ١ فقرة ٧٦٩ .
(٢) أما إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنبي بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة ، فلن يكون متولى الرقابة مسؤولاً ، ولا يقوم تماماً لك مسؤولية متولى الرقابة .
(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث التى وقع من تلقاء داخل المدرسة ، وقررت ألا مسؤولية على تلميذ المدرسة فيه لأنه وقع مفاجئاً ، فلها بذلك تكون قد فصلت في حقل موضوعية لرقابة محكمة النقض عليها ... أما الزعم بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها في القانون المصرى (القديم) سبباً سافياً من المسؤولية المدنية ما دام لم ينس عليها فيه ، فذلك لا يمس به ، إذ الأمر ليس بحاجة إلى نص خاص ، بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أتبع الضرر . وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالصواب على مرتكب الخطأ . والقول بمسؤولية الحادث مفاجئاً =

ويخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسؤولية بأحد امرين ، إما بأن ينشأ خطأ المفترض في جانبه فيتعلم ركن الخطأ ، وإما بأن يثبت السبب الأجنبي على التحوّل الذي قلّمناه فيتعلم ركن السببية . وفي الحالتين يبقى من أحدث الضرر ، وهو من قامت عليه الرقابة ، مسئولاً عن العمل غير المشروع

ستمان أن الفصل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذ ما كان يمكن تلافيه بحال . وفهم ذلك بداهة أن نفس الرقابة لم يكن هو السبب الذي أتيح الحادث ، بل كان وقوعه محتملاً ولو مع الرقابة الشديدة (نفس في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٤ الطماعة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية المرن ترسخ إذا حصل الحادث فجأة ، وإنما يشترط في ذلك أن يكون عدم استطاعة تلافيه غير ناتجة عن إهمال (١٢ مايو سنة ١٩٣١ الطماعة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه يجب لاعتبار مسؤولية الأب من فعل ابنه الذي هو تحت رعايته فاعمة أن يثبت مبدئياً حصول الخطأ من هذا الابن ، وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته ، أو ببساطة أخرى يشترط قيام الارتباط بين خطأ الأب في ملاحظة ابنه والحادث الذي وقع منه . وضع عليه إثبات انعدام رابطة البنية بين الخطأ والحادث على عاتق الأب (استئناف مصر الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ الطماعة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة الزقاق الكلية بالألا مسؤولية إلا إذا كان هناك إهمال أو قصور في الرقابة وكانت هناك علاقة ارتباط مباشرة بين الخطأ والحادث الذي يطلب عنه التوضيح . فإنما كان الحادث ليس متوقفاً ولا متمكناً تلافيه ولا التمكن بوقوعه لسرعة حصوله وعدم وجود مقصود له ، أو كان مباغتة والمراقبة ما كانت لتصلح دون وقوع الحادث ، فلا تكون هناك مسؤولية (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٥ الطماعة ١٦ رقم ٣٤٢ ص ٧٤٠) .

هنا وملاحظ أنه إذا أثبت الضرر خطأ في جانب متولى الرقابة ، استثنى بذلك عن المسؤولية القائمة على خطأ مفترض ، وعاد إلى المبررات العامة في المسؤولية ، ولا يحمي متولى الرقابة في هذه الحالة أن يتسكك بأن الحادث الذي هو محل المساءلة كان نتيجة ظرف فجائي . وقد قصدت محكمة التخصّص إلى تحرير هذا المبدأ عند ما قضت بأنه ليس للمسلم أن يتسكك بأن الحادث الذي هو محل المساءلة كانت نتيجة ظرف فجائي لينتظم من المسؤولية إلا إذا ثبت أنه قام بواجب المراقبة القروضة عليه . ومن الخطأ تحمل العلم عن هذه المراقبة وعنده بها إلى تخليص عمره سبع سنوات (نفس مدني في ٣١ أكتوبر سنة ١٩١٦ مجموعة عمره ١٠٥ رقم ٢٢٤) . وبعبارة الحكم غير دقيقة ، والقصد أنه لا يجوز التسكك بأن الحادث كان نتيجة ظرف مفاجئ ، إذا أثبت الضرر قصوراً في جانب متولى الرقابة . وعلى هذا الأساس تقوم وفاق القضية ، فقد كتب العلم بطريقاً عمره سبع سنوات بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يحدث ضجة منهم ، فلما كتب اسم أحد التلاميذ تقيظ صفاته ، ودفقه بسن ريشة أهدت عليه اليمن الإصاير ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ ثابتاً في جانب العلم ، إذ عهد لتلميذ في هذه السن بالمراقبة ، فلا يحمي للعلم أن يتسكك بأن الحادث مفاجئ . ما دام قد ثبت خطأ في جانبه (أنظر تعليقاً على هذا الحكم فيكتور سليمان مرفس في مجلة القانون والاقتصاد ١٩ المدين الأول والثالث) .

الفني صدر منه ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية (١).

٦٧٤- قيام مسؤولية الخاضع للرقابة على جانب مسؤولية متولى

الرقابة : ونعني عن البيان أن قيام مسؤولية متولى الرقابة على النحو الذي يبيانه لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة ، وهو الشخص الذي صدر منه العمل غير المشروع . ويستطيع المضرور إذن أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده مال ، فإن استوفى منه كل التعويض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة . وإذا رجع على متولى الرقابة واستوفى منه كل التعويض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ (٢). والذي يجب مراعاته هو ألا يستولى المضرور على تعويضين عن ضرر واحد ، بل يستوفى تعويضاً واحداً ، إما من متولى الرقابة ، وإما من ارتكب الخطأ ، وإما منهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

ويطلب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة لأنه هو الملاء . لكن يجوز للمضرور أن يرجع على من ارتكب الخطأ كما قلنا ، وفي هذه الحالة لا يرجع من ارتكب الخطأ بشيء على متولى الرقابة ، لأن الخطأ الذي أوجب المساءلة هو خطأ الأول لا خطأ الثاني . أما إذا رجع المضرور على متولى الرقابة ، جاز

(١) وقد جاء في الذكر الإيضاحية للمضروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسؤوليته وفقاً لأحكام القواعد العامة . أما من يملك به الرقابة عليه فيفترض خلوه باعتبار أنه قصر في أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن يتجنب هذه القرينة بإحدى وسيلتين : فإما أن يقيم الدليل على انتهاء الخطأ من ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بخفاء ما يوجب عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغي أن يتحمل تبعته ، وفي هذا الوضع تكون قرينة انقراض الخطأ قرينة غير قاطعة تنفي إثبات العكس . وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفي علاقة السببية ، بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لا بد وفاقاً حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغي له من حرس وعناية . وفي كلتا الحالتين ترغم عنه السولية ، إما بسبب انتهاء الخطأ ، وإما بسبب انتهاء علاقة السببية . ويذهب أن الفاعل الأصل ، وهو من وقع منه الفعل الضار ، تقبل مسؤوليته قائمة وفقاً لأحكام القواعد العامة . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٠٨) . (٢) ويجوز أن يرجع على الاثنين معاً . بل يجوز أن يغفل ذلك في محكمة أول درجة . ثم يختص في الاستئناف على أحدهما فلا يختص إلا متولى الرقابة مثلاً (استئناف مختلط في ٢٥ يناير سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للسلك المختلطة ٨ ص ٥٥) .

لهذا أن ير . عني من ارتكب الخطأ . فإن كان من ارتكب الخطأ مميز أرجع عليه متولى الرقابة بكل ما دفعه . ولا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ هو خطأ الأول كما سبق القول . وإن كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشئ . لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ . ولا ترتب في ذمته إلا مسئولية مخففة نحو الضرر لا نحو متولى الرقابة بشروط بينهاها فيما تقدم . ويعتبر متولى الرقابة في هذه الحالة هو المسئول الأصلي . وهذا هو الذي تعنيه المادة ١٧٥ من القانون المدني الجديد . إذ تنص على ما يأتي : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » (١) والمسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٣ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : « المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بالتصديق الذي يكون فيه هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » . وقد أقرت لجنة للرجعة النص على أصله ، وأصبح رقم المادة ١٧٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « في الحدود » بكلمة « بالتصديق » ، وأصبح رقم المادة ١٧٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في صدد هذا النص ما يأتي : « إذا ترتبت مسئولية الشخص عن عمل غيره ، اضطر هذا الشخص على وجود شخصين بآلان عن ذلك الذين مع اختلاف الخطأ النسوب إلى كل منهما ، أولها عمت الضرر وبأل بناء على خطأ ثابت يقام الدليل عليه ، والثاني هو المسئول عنه (وهو المكلف بالرقابة أو التبوع) وبأل على أساس الخطأ القروص . ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالغير ذاته إلزاماً متبناً دون أن يكونا متضامنين في أدائه (المؤلف : الصحيح أنها متضامنان) ، باعتبار أن أحدهما مدين أصل والآخر مدين تبني أو احيالي . فإذا رجع الضرر على عمت الضرر واستوفيت التعويضات ، وقت المسألة عند هذا الحد ، لأن وراء المدين الأصلي بالغير مديراً مسئولاً المدين التبني أو احيالي عنه . بيد أن الضرر غالباً ما يؤثر الرجوع على المدين احيالي ، إذ يكون أكثر اقتداراً أو يملأ . ومن ثم هذا المدين بأداء التعويض ، كان له أن يتجنب من أعبت الضرر . ذلك أن هذا الأخير هو الذي وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المسئول عنه بأن يؤدي إليه ما احتل من التعويض من جراء هذا الفعل ، ويغاثل هذا الوضع مركز المدين الأصلي من المكمل . على أن هذه الأحكام لا تطبق إلا حيث يتوافر التمييز في عمت الضرر . كما فرض هنا في الصورة المقترحة . فإذا فرض على التبني من ذلك أن عمت الضرر غير أهل للمساهمة عن عمله غير المشروع ، فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون في هذه الحالة مديناً أصلياً . ويتعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بقصة تبعية أو احيالية ، كما تقدم بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢) .

وسرى أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فقد رأينا أنه يرجع على المميز ، ولا يرجع على غير المميز ، وهذه هي حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص .

المبحث الثاني

مسئولية المتبوع عن التابع (*)

(Responsabilité du commettant du fait de son préposé)

٦٧٥ - **النصوص القانونية** : كان القانون المدني القديم ينص في المادتين ٢١٤/١٥٢ على ما يأتي :

« يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم في حالة تأدية وظائفهم » .

وكان هذا النص يبيح أنه لم يحدد علاقة التبعية ، وأنه يضيق عن أن ينظم جميع أعمال التابع التي يكون المتبوع مسئولاً عنها .

فجاء القانون المدني الجديد وأصلح هذه العيوب ، إذ نص في المادة ١٧٤ على ما يأتي :

١ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى

(*) **بعض المراجع** : زنجير (Zingher) رسائل باريس سنة ١٩٢٣ - فن دن درايه (Van den Dreijne) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - دالان (Dallant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - الدكتور حلمي بهجت بدوي رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - راديرنسكو (Raduvernenco) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - فور (Flour) رسالة من كان ١٩٢٣ - برتران (Bertrand) رسالة من إكس سنة ١٩٢٥ - الموجز للزلف نفرة ٣٥٠ - نفرة ٣٥٣ - مصطفى مرعي بك نفرة ١٩٣ - نفرة ٢٣٤ - الدكتور أحمد حننت أبو سنيت بك نفرة ٥٠٤ - نفرة ٥٠٩ - الدكتور سليمان مرفس نفرة ٨٨ - نفرة ١٠٠ .

كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه (١) .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد تجنب تعيين اللذين أشرنا إليهما في القانون القديم . فوسع من دائرة الأعمال التي يسأل عنها المتبوع ، إذ ذكر أنها الأعمال التي تقع من التابع في حالة تأدية وظيفته أو ببساطة ، وفي هذا لم يفعل القانون الجديد إلا أن يسجل ما جرى عليه القضاء المصري في هذه المسألة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تأديه بصله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد جاءت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ - تقوم علاقة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تأديه ، ما دامت له سلطة فعلية في الرقابة عليه وفي توجيهه ، وما دام يملك أمر فصله . ٣ - ولا يستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه كان يستعمل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر .

وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : ١٥ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تأديه بصله غير المشروع إذا كان هذا العمل داخلًا في أعمال الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة هي التي جاءت الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تأديه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه وكان يملك أمر فصله . ٣ - ولا يستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه لم يكن في مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر . وقد أثار أحد أعضاء اللجنة مسألة مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز ، فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ في جانب غير المميز . (المؤلف : سنرى أن المتبوع يكون مسئولاً حتى لو كان غير مميز) . وأصبح رقم المادة ١٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تأديه بصله غير المشروع متى كان وانما منه في حال تأدية وظيفته أو ببساطة ، وقد أثرت اللجنة أن تنسج على منوال القانون القديم في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون القديم . وحذفت من الفقرة الثانية عبارة « وكان يملك أمر فصله » لأن مسألة الفصل لا تعتبر عنصراً لازماً من عناصر رابطة التبعية ، فأحياناً لا يكون أمر الفصل واجباً إلى المتبوع ومع ذلك ثبتت المسؤولية ، كما هو الشأن في المهندسين تجميعاً إجبارياً أو فيمن يخص للخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات . وحذفت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة لأن حكمها يخص إلى جمل قرينة المسؤولية من قبيل القرائن البسيطة في هذه الحالة ، ولا عل للمدول عما قرره القانون الحالي من جعل هذه القرينة ملزمة لاتساق بإثبات العكس . وأصبح رقم المادة ١٧٤ . ووافق عليها مجلس

المتبوع كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٤١٢ - ص ٤٢٠) .

ثم سجد علاقة التبعية بأنها تقوم على سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه ، ولا تقوم ضرورة على حق الاختيار ، وهذا أيضاً ما كان القضاء المصرى يجرى عليه ، ولم يزد القانون الجديد على أن سجله .

فصوص القانون الجديد في هذا الموضوع ، وإن كانت أدق وأكثر وضوحاً من نصوص القانون القديم ، لم تستحدث جديداً ، بل اقتصرت على تسجيل الأحكام التى أقرها القضاء المصرى .

ونبحث هنا ، كما بحثنا في مسئولية متولى الرقابة ، أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية المتبوع عن التابع (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية المتبوع

٦٧٦ - شرطه : تتحقق المسئولية إذا قامت علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع ، وارتكب التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً .

تتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) علاقة التبعية (٢) خطأ التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

١ ٤ - علاقة التبعية

(lien de préposition)

٦٧٧ - مضمونه : تقوم علاقة التبعية في كثير من الحالات على عقد الخدمة . ولكنها لا تقتضى حتماً وجود هذا العقد ، بل هي لا تقتضى أن يكون التابع مأموراً من المتبوع على نحو دائم ، أو أن يكون مأموراً على الإطلاق . فلا ضرورة إذن ، في قيام علاقة التبعية ، أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلاً بين الاثنين .

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون المدنى الجديد ما هو المقصود بعلاقة التبعية ، إذ نصت على ما يأتى : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم

يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ، علاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت المتبوع على التابع (١) .

ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلية (٢) وعنصر الرقابة والتوجيه .

٦٧٨ - عنصر السلطة الفعلية : تقوم علاقة التبعية على سلطة فعلية .

فليس ضرورياً من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية .

ليس من الضروري أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار . وقد قلنا أن علاقة التبعية لا تقتضي حتماً أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . قد يوجد هذا العقد . بل هو موجود في كثير من الأحوال ، ويغلب أن يكون عقد عمل . فالعامل والخدام والطامى والسائق والمستخدم والموظف . كل

(١) وقد كان المصروع التيمى يضيف حق الفصل . وإلى هنا تشير المذكرة الإنشائية للمصروع التيمى ، حيث يقول : « فيرامى أن المصروع حدد علاقة التبعية تحديداً بئنا . فليس من طليحة الأشياء ما يحتم قيام هذه العلاقة على حرية المتبوع في اختيار تابعه ، فقامها ولاية الرقابة والتوجيه وما تستتبع عند الانقضاء من إعمال حق الفصل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤١٤) . وقد رأينا فيما تقدم أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت حق الفصل من ميعار علاقة التبعية لأنه ليس عنصراً ضرورياً من عناصرها ، فقد لا يكون أمر الفصل واجباً على المتبوع ومع ذلك تثبت المسؤولية ، كما هو الشأن في المجتدين تجديداً إجبارياً أو فيمن يخص خمسة أشخاص معين من كل هيئة من الهيئات .

وقد ذهبت محكمة النقض في عهد القانون القديم ، في بنى أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل من الخدمة لتحديد علاقة التبعية ، فقضت بأن ضامن السيد قانوناً يقوم على مظنة خطئه في اختيار خادمه وفي مراقبته إياه بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة ، فتبعية المأمر لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجع تعيينهم ، وهم التي تتولى تعليمهم وترانيمهم ، كما أن لما عليهم حق التأديب والفصل من الخدمة (نقض في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩ من ١٩) .

ثم تركت محكمة النقض ميعار الاختيار والفصل إلى ميعار السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه ، وهو الميعار الذى أخذ به القانون الجديد ، فقضت بأن مسؤولية السيد عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هي في الواقع تقوم على علاقة التبعية التي تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيصير كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات (نقض مدنى في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجلد ٢٠ رقم ٢٩٤ من ٢٦١) .

هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أو سيد البيت أو صاحب المتجر أو الحكومة . ولكن علاقة التبعية ، حتى في هذه الأحوال ، لا تقوم على عقد العمل . فلو أن هذا العقد كان باطلاً ، لبقيت مع ذلك علاقة التبعية قائمة ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضروري أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه . وقد كان الفقه والقضاء قديماً يقيان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ، ويعتبران خطأ المتبوع المفترض هو خطأ في الاختيار (culpa in eligendo) . ولكنهما نينا هذا الرأي تدريجاً . فأجازوا أولاً أن يكون الاختيار مقيداً ، أى محصوراً في أشخاص معينين لا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم . كما إذا كان الاختيار موكولاً إلى مسابقة يشترط للتقدم إليها مواعلات خاصة . ثم أجازا بعد ذلك أن يكون الاختيار مفروضاً على المتبوع ، كالسفينة تدخل في البناء فيقودها ومرشده لا تملك أن تختار سواه . وكمجلس بلدى يقوم بالعمل عنده موظفون تعيينهم الحكومة فلا يد له في اختيارهم . وكما أنه ليس من الضروري أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه ، كذلك ليس من الضروري أن يملك أمر فصله . وهذا هو شأن موظفى المجلس البلدى الذين عينتهم الحكومة ، فالمجلس لم يختارهم ولا يملك أمر فصلهم ، بل الحكومة هى التى تعينهم وتفصلهم ، ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس البلدى لا للحكومة . وليس من الضروري أن تكون السلطة شرعية ، بل يكفي أن تكون سلطة فعلية . فقد لا يكون المتبوع الحق في هذه السلطة ، بأن يكون استمداها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً . ولكنه مادام يستعملها فعلاً ، بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل ، فهذا كاف في قيام علاقة التبعية (١) .

٦٧٩ - عنصر الرقابة والتوجيه : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية

منصبة على الرقابة والتوجيه (٢) . فالمتبوع لا بد أن تكون له السلطة في أن يصدر

(١) وقد يكون الولد تابعاً لأبيه ويكون الأب تابعاً لابنه ، وتكون الزوجة تابعة لزوجها ويكون الزوج تابعاً لزوجته ، ويكون الصديق تابعاً لصديقه ، كل هذا فيما يخص للتبوع منهم تابعه من أعمال إذا كان للتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

(٢) استئناف مخطوط في ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٤ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٢٠ م

لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها في عمله ولو توجيهاً عاماً (١) ، وإن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر (٢).

ولا يكفي أن يكون هناك مطلق رقابة وتوجيه. فالأب له الرقابة على ولده. ومعلم الحرفة يوجه صبيه ، ولا يستلزم هذا أن يكون الولد تابعاً للأب ولا أن يكون الصبي تابعاً لمعلم الحرفة . بل لا بد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع (٣) . وهذا ما يميز المتبوع عن

(١) ومن ثم يكون المندى في الجيش تابعاً لوزارة الدفاع ، إذ يتلقى منها التوجيه العام (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المحللة ٢٦ رقم ٢٤٥ من ٦٥٢).

(٢) ومن ثم لا يكون البواب تابعاً للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجراً كشراء خبثات صغيرة ، ولكنه تابع لصاحب العمارة ، ويكون هذا مثلاً عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالغير أو إذا سرق أحد السكان بأعمال من البواب (استئناف مخطط في ٤ فبراير سنة ١٩٩٧ م ٩ من ١٤٩ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٨ م ٤١ من ١٤٠ - وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٤٩ - وفي ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٩٧ - وفي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١) . ولا تترفع مسؤولية صاحب العمارة حتى لو اشترط في عقد الإيجار إعفائه من المسؤولية عن أعمال البواب ، فالمسئولية التفسيرية لا يجوز اشتراط الإعفاء منها (استئناف مخطط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٦٨ - وفي ٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٨٥) .

والحال يكون تابعاً لصاحب الأمانة التي يعملها فيكون هنا مثلاً عنه (استئناف مخطط في ١٢ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٣٠٤) . ومصلحة الكوك المدينة تكون مسئولة عن الحال باعتباره تابعاً إذا كان هذا الحال يعمل في شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (استئناف مخطط في ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٤٢) . فإذا لم يكن الحال تابعاً للمصلحة ونسب في الإضرار براكب ، فإن للمصلحة تكون مسئولة عن خطئها الشخصي في أنها لم تتخذ التدابير الكافية لإزالة الركاب ، وتكون متضامنة مع الحال في المسؤولية (استئناف مخطط في ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٤٢) .

(٣) ولا يشترط أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع ، فمعلم هذا يعمل لحسابه . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المتبوع يكون مثلاً عن عمله الأصغر من الثانويين ولو كان تمييزهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين فمعلم أن التمييز بمقرتهم فمثل فيارسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات . فإذا حوكم ممرض لتدبيره بإعطائه في وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالبطوة ، فالمتبوع يأخذ عن هذا الإعمال سواء أكان هو الذي أطعم الطبيب في المستشفى في وظيفته وهذا الأخير هو الذي عين الممرض ومن في حكمه أم كان المتبوع هو الذي عين الطبيب مباشرة (١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحللة ١٧ رقم ٢٠٣ من ٤٢٣) . وقضت محكمة الاستئناف المحظطة بأن التابع إذا أهدى ابنه عمله ، كان المتبوع مثلاً عن ابنه فإنه إذا كان لإحلال الابن بمصر خطأ من التابع (١٢ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ من ١٨) .

الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال . إذ الأب له الرقابة على ولده ولكن في غير عمل معين ، ومعلم الحرفة ومقدم العمال لها الرقابة والتوجيه على الصبية والعمال في عمل معين ، ولكن الصبية لا يقومون بهذا العمل لحساب معلمهم بل ليتدربوا على العمل ، والعمال لا يقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب العمل ، فهم والمقدم معهم تابعون جميعاً لرب العمل (١) .

وتراخى علاقة التبعية بتراخى الرقابة والتوجيه ، حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة كافية في الرقابة والتوجيه اتعلمت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون في مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى . وأعضاء

== بل قد يكون التابع غير معين ، ويقتضي التبوع مسئولاً عنه ، وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيما بعد ، ويكون شأن التبوع معه في ذلك شأنه مع التابع المسمى . وقد نضت محكمة القضاء في هذا المعنى بأنه يكفي في سامة المضموم مدنياً أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادمه ولو تصرف تيمناً من بين خدمه . فإما الحكم قد أثبت أن وفاة المعنى عليه لا بد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المجهين (الكسارى أو السائق) الذين هما تابعان لإدارة النقل المشترك ، فإن سامة هذه الإدارة مدنياً تكون متينة لأنها مشمولة بما يقع من مستخدميها في أثناء تأدية خدمتهم ، ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين الخطأ منها . وليس في التزام الإدارة بالتعويض مع تبرئة الكسارى خروج عن القواعد الخاصة بالمشولية ، لأن هذه التبرئة فاعلة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث ، أما مشوليتها فمؤساة على ما ثبت قطاً من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها الذين كانوا يعملان معاً في السيارة . ولا يشترط لمسامة المضموم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضراً أو متغيباً أو مدعياً الذى تقام على المضموم ، فالتنازل عن خصاصة ورتبة الخادم لا يحول دون مطالبة المضموم ، إذ هذا التنازل ليس فيه ما يبيد عدم مشولية الخادم حتى كان يمكن أن يقال بعدم مشولية المضموم (قض جنائى في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٦ رقم ١٣٧ ص ٣٧٢ . وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى — وقد أشار المحقق في تعليقه إلى حكم آخر صادر في هذا المعنى من محكمة الاستئناف في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجلد ١٠ ص ٥٩٤ ، وفيه اعتبرت الحكومة مشولة عن استبدال قطن من رتبة أدنى بقطن من رتبة أعلى ما دام من اللطوع به فيه أن هذا الاستبدال قد حدث لها في المركز أو لدى نائب الصندة أو لدى شيخ الحراء ، فكل هؤلاء تابعون للحكومة) .

(١) ولهذا التمييز أهمية كبيرة . إذ أن مشولية الأب عن ولده باعتباره تابِعاً تختلف عن مشولته عن ولده باعتباره تحت رعايته ، فالمشولية الأولى لا تندفع بنى الخطأ ، وتدفع المشولية الأخرى بنى على النحو الذى قدمناه .

الجمعية لا يعتبرون تابعين لها . والشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة (١) . والمقاول إذا كان مستقلاً لا يعتبر تابعاً لأرب العمل ، وهذا فرق ما بين عقد العمل وعقد المقاول (٢) . وإذا أعلر شخص سيارته لصديق وترك له زمامها فلا يعتبر

(١) ولكن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة (استئناف مخطط في ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ - ٤٣٥ - وفي ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ١٨٩) . وللترم بيع منتجات شركة في جهة معينة يعتبر سائكه تابعاً لهذه الشركة إذا كان للترم مثلاً لشركة (استئناف مخطط في ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٢٣٠) .

وتعتبر الدرعة تابعة للطبيب الذي يعمل في خدمته (استئناف مخطط في ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ من ١٠) . ولا يعتبر للوزير متبوعاً لمأجره (محكمة التصورة الجزئية المخطئة في ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٤ من ٨٠) - ولا يعتبر الوصي تابعاً للقاصر (استئناف مخطط في ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٨) .

ولا يعتبر نظير الوقت تابعاً والوقت متبوعاً إلا إذا كان الناظر متبوعاً من قبل المتعقبين ، أما إذا عينه وزارة الأوقاف أو القاضي فلا (استئناف مخطط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للحاكم المختطة من ٨٣ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٥٧٦) . وهناك أحكام قضت بأن الوقت لا يكون متبوعاً لأنه ليس بشخص اعتباري (استئناف مخطط في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤١٠) ، ولأن الوقت لا يتقدم في غير حالة الرض إلا بدين أجزءه القاضي ولأن تصرف الناظر لا يلزم الوقت إلا فيما فيه صالح الوقت (استئناف مخطط في ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ من ٢٨٢ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٣٥٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختطة بأن نظير الوقت الذي لا يبطئ للمتعبين استحقاقهم في الوقت لا يحيل الوقت مثلاً عنه (١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٥٧٦ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ١٦٦) . ويرى الأستاذ مصطفى مرعي بك أن الوقت يسأل عن الخطأ الذي يقع من الناظر في أثناء عمله للوقوف به بحكم وطبيعته ، فإذا أتى الناظر في أثناء هذا العمل خطأ ضلواً بالنظر كان للضرورة أن يرجع على الوقت متضلعاً مع الناظر والوقت أن يرجع على الناظر بما يفرضه عنه (المسئولية المدنية قهره ٢٠٩ - ٢١١) . ونحن إذا كنا نرى أن الوقت شخص منطوي ، إلا أننا نؤثر ألا يتقدم بصرفه الناظر ، فولية كانت أو ضلية ، إلا في الحدود التي رسمها الله الإسلامي ، فإن الوقت نظام من خلقه هذا الله ، فيؤخذ منه كما هو في غير ما يدعو له الضرورة .

والمدرس على الأشياء المجبوزة يعتبر تابعاً للناظر إذا كان هو الذي اختاره (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المصلحة ١١ رقم ٣٦٨ من ٧٢٠) ، ولا يعتبر تابعاً له إذا عينه المدرس (محكمة مصر الوطنية في ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المصلحة ١٢ رقم ١٢٤ من ٣٥١ - استئناف مخطط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ من ٥٥ - وفي ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٤٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن المقاول إذا كان يعمل مستقلاً تحت رخصة صاحب العمل ، فإن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل (استئناف مخطط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٢٥ من ١٨٩) .

الصلديق تابعاً لصديقه ، ولكن إذا ترك الأب سيارته لولده يقودها وأشرف

— ١٨٩٩ م ١١ م ١٩٦ — وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٥٩ — وفي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ م ٦٤ — وفي ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤١٥ — وفي ٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤٦٠ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢ .

وحتماً أحكام قضت بأن القاول يعتبر تابعاً لصاحب الصل من كان يقيمه التصامد ولو كان مستظلاً في الصل ، كعلم أخو يعتبر تابعاً لصاحب الصل أو القاول الأصل (استئناف مخطوط في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤١٥ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ١٧٠) . ولا تعتبر الحكومة متبوعة للقاول ولا تكون مشقة عن خطه إذا لم تعضظ إلا بحق الإشراف المأمور عليه دون أن يكون لها حق التوجيه والإدارة (استئناف مخطوط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ٦٠) ، وكانت الأحكام القديمة تضيي بتمام علاقة التبعية في هذه الحالة (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ الطلعة ١٧ رقم ٥٤١ م ١٠٦١ — استئناف مخطوط في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٦٢ — وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ م ٨) ، ثم تطورت الأحكام إلى التمييز بين مجرد الإشراف العام فلا تقوم علاقة التبعية والإشراف للصاحب بالتوجيه والإدارة تقوم هذه العلاقة (استئناف مخطوط في ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢ — وفي ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٣٢٢ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٩٥ — وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ م ١٤٩ — وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ٦٠ وهو المسك الذي سبقت الإشارة إليه) ، وقد قضت محكمة النقض في حفا الصل بأنه إذا أسس الحكم مشولية الحكومة عن القاول على مجرد قوله إنها كانت تعرف على عمل القاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موقعها من خطأ في عملية القاول ، وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذي وقع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ في حد ذاته واحترام شروط القاول مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخل فعلياً في تنفيذ عملية القاول بتغييرها القاول كما شامت ، فهذا الحكم يكون تامراً عن إيراد البيانات الكافية لقيام المشولية (قض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ م ٣٤٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تلك المقر لا يزال عن خطأ الصانع الذي استأجره لصل معين إذا كان لم يتدخل معه في إجراء هذا الصل (قض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٣ م ٢٥) .

وسمي ثبت أن القاول ليس تابعاً لرب الصل ، فلا يكون هذا مشولاً عنه إلا إذا ارتكب خطأ شخصياً بأن عبد الصل لا مقاول لا يتوافر فيه الشروط اللازمة للصل التي اتفق عهد به إليه ، فيكون صاحب الصل مشولاً عن خطئه الشخصي لا عن خطأ القاول (استئناف مخطوط في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٥٩ — وفي ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ م ٣٠٦ — وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ م ٧ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢) . ولا يكون القاول الأصل مشولاً عن تابع القاول من المبلن (استئناف مخطوط في ١٤ يناير سنة ١٩٩٧ م ٩ م ١١٨ : ولكن إنكار لتسبب القاول الأصل خطأ شخصياً كان مشولاً عنه) .

عليه في قيادتها اعتبر الولد تابعاً لأبيه (١) . وإذا استأجر صاحب السيارة سائقاً اعتبر هذا السائق تابعاً له (٢) ، أما إذا استأجر شخص سيارة بالأجرة (تاكسي) فإن السائق لا يكون تابعاً له لأنه مستقل عنه وليس الراكب عليه حق الرقابة والتوجيه (٣) . أما العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فقد تكون علاقة تبعية أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كان الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه في العمل الذي عهد به إليه (٤) .

وقد تتوزع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد . فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً في عمل مشترك لهم ، كانوا كلهم متبعين

(١) استئناف مخطط في ٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ م ١٧٥ - وإذا كلف الأب ولده تأدية مهمة ، فالحال الولد سيارة لأدية هذه المهمة ، اعتبر تابعاً لأبيه (استئناف مخطط في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ م ٢٨١) . وإذا أطر الأب ابنه أو ابنته سيارة ، وكان الابن أو البنت تملك رخصة شخصية للقيادة ، فلا يعتبر أى منها تابعاً لأبيه (استئناف مخطط في ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٧٢ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٠٢) . وكذلك لا يكون الابن تابعاً إذا أطره أبوه سيارته ولم يكن الابن يقضى مصلحة للأب بل يقضى مصلحة شخصية لنفسه (استئناف مخطط في ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٣٧٦) . ويعتبر الأب مسئولاً عن حادث سيارة ، ولو اشترت باسم ابنته ، إذا كان سائق السيارة الذي وقع عليه الحادث أو أنه استفاد عند الأب وبين أن الابنة تجم مع والدها وليس لها مال ظاهر يسمح بمرأتها السيارة (استئناف مخطط في ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٥١٤) .

(٢) استئناف مخطط في ٨ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٧ م ٣٦٠ - وفي ١٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ٢٤٩ - وصاحب «الجراج» مسئول عن أخطاء السائق الذي يستغفمه (استئناف مخطط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ م ٧٢) ، حتى لو ذهب هذا وسائق سيارة ليعمل ليضربها بل الجراج (استئناف مخطط في ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ١٤٩) .

(٣) ولا تعتبر العمرة مسئولة عن أعمال صاحب عمرة تستغفمه لئلا كان مسئولاً عمه (استئناف مخطط في ١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ م ١٨) . ولكن ملك سيارة الأجرة (التاكسي) يكون مسئولا عن السائق (استئناف مخطط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ م ٢٩١) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن للوكيل يأل بالتضامن مع وكيله عن الإجراءات الكيدية التي يباشرها الوكيل ولو بنير إجازة موكله (٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٩٣) . وقضت أيضاً بأن للوكيل يأل عن التفتق الذي وقع من وكيله (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٤٩) . وقضت كذلك بأن الملك مسئول عن الخطأ الذي يرتكبه من يدير ملكه (٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٣٤٠) . وانظر في مسؤولية الموكل عن وكيله الأستاذ مصطفى مرمي بك في المسؤولية المدنية لعدد ٢٠٤ - - فترة ٢٠٨ .

لستخدمهم ، وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم . وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين ، كالمخادم تقوم بالشؤون المنزلية لأمرات متعددة في أوقات متعاقبة فتنتقل من منزل إلى آخر ، وتكون في هذه الحالة تابعة للمخدوم الذي تقوم بشؤون منزله في الوقت الذي تؤدي فيه هذا العمل (١) . وقد يعير المتبوع تابعه لشخص آخر ، فإذا استبقى المعير رقابته وتوجيهه بقي متبوعاً ، أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع . مثل ذلك شخص يعير سيارته مع سائقها لصديق ، فإن انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعاً له (٢) ، ويظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان هذا قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه .

وليس من الضروري أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لسائقها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه في المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيباً (٣) وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه

(١) استئناف مخطوط في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٥ .

(٢) ويكون الصديق في هذه الحالة متبوعاً عرضياً (commettant occasionnel) : أظن في مسؤولية المتبوع العرضي تطبيقاً للدكتور سليمان مرقس على الحكم الصادر من محكمة النقض في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٣ (الفتوى رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية) في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ - ٥٥٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الأمر والنهي ، ولو لم يكن هو المالك للسيارة ، فإن الحكم بإلزام الطاعن بالتعويض عن خطأ السائق في هذه الحالة يكون صحيحاً (قضى جنائي ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٩ المحللة ٣٠ رقم ٢٢٧ ص ٤٣٢) . ويعتبر صاحب السيارة المطلقة متبوعاً عرضياً لسائق يربط السيارة المطلقة في سيارته (استئناف مخطوط في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي عالم فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحويل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب (قضى مدني في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ١١٥٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدل يعتبر تابعاً لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا نسبياً ، لأنه هو الذي اختاره وعليه رعايته (١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر القاتول متبوعاً لطبيب إذا ظلم القاتول عبادة لملك بالجهنم واستخدم فيها الطبيب وكان هذا سائراً على المؤامرات اللازمة (استئناف مخطوط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٩٨٣) .

حتى من الناحية الإدارية . كأن يكون صغيراً أو غير مميز . فينوب عنه نائبه . من ول أو وصى أو قيم ، في القيام بالرقابة على التابع وفي توجيهه (١) .

٢٥ - خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها

٦٨٠ - أمرهم : متى قامت علاقة التبعية بين شخصين على النحو الذي قدمناه ، فإن مسؤولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأ أضر بالغير في حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ : « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأ يضر بالغير (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٦٨١ - خطأ يرتكبه التابع بضرر بالغير : لا تقوم مسؤولية المتبوع إلا إذا تحققت مسؤولية التابع . فإن الأولى فرع عن الثانية (٢) . وحتى تقوم مسؤولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان للمسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

فيجب إذن على الضرور . حتى في رجوعه على المتبوع . أن يثبت خطأ التابع . ومن الجائز في بعض الحالات أن تتحقق مسؤولية التابع على أساس خطأ مفترض . مثل ذلك أن يكون التابع مدرساً في مدرسة أميرية . فتقوم مسؤوليته عن تلاميذه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا لم يثبت العكس كان مسؤولاً بمقتضى هذا الخطأ المفترض . وكانت الحكومة مسئولة عنه باعتبارها متبوعاً . ومثل ذلك أيضاً أن يقود التابع سيارة

(١) وسرى نبيل ، عند الكلام في أساس مسؤولية المتبوع ، أن المتبوع قد يكون غير مميز .

(٢) محكمة استئناف أسبوط في ٢ يولية سنة ١٩٢٧ المحلة ٨ رقم ٣/٢٧ ص ٥٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن انتهاء المسؤولية المدنية عن التابع بتبنيها أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (نقض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحلة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت كذلك بأن الحكم بإعادة التابع لجنونه لا يميز الحكم بالتبويض على متبوعه (نقض جنائي في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحلة ٢٧ رقم ٥٧ ص ٩٩) .

هو الحارس لها ، ويدعى أحد العابرة حال تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة ، فإن مسئوليته تتحقق في هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة ، وتتحقق معها مسئولية المتبوع . فالقاعدة إذن أنه حيث تتحقق مسئولية التابع ، بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل لذلك ، فإن مسئولية المتبوع تقوم إلى جانب مسئولية التابع (١).

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر . وسنرى أنه يجوز أن يكون المضرور هو أيضاً تابعاً لنفس المتبوع ، فينبغي للمتبوع مسئولاً أمامه عن خطأ التابع الأول . أما إذا كان المضرور هو المتبوع ذاته ، فسرى أن التابع لا يستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسئولية، وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو في خلعة متبوعه ، فسرى أنه لا يرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

٦٨٢- مال تأدية الوظيفة أو بسببها - القاعدة العامة: ويجب أن يكون

التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا هو الضابط الذي يربط مسئولية المتبوع بعمل التابع ، ويبرر في الوقت ذاته هذه المسئولية . فإنه لا يجوز إطلاق مسئولية المتبوع عن كل خطأ يرتكبه التابع ، وإلا كانت هذه المسئولية غير مستساغة ولا معقولة . وإنما تستلزم مسئولية المتبوع عن خطأ التابع وتكون معقولة إذا اقتصر على الخطأ الذي يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ففي هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذي تبنى عليه مسئولية المتبوع ، سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضاً أو ضامناً أو امتداداً لشخصية المتبوع على النحو الذي سنبيّنه فيما بعد .

(١) وإذا كانت السيارة في الليل هي نحن بصدده في حراسة شخص غير التابع والمتبوع ، كما لو أعار صديق سيارته للمتبوع مع الاحتفاظ بالحراسة (garde) ، فندفعها هذا إلى تابعه ، ودعس بها التابع أحد العابرة ، فإن للضرور يكون له الرجوع على التابع بمحض خطأ يجب إثباته ، ومن ثم يكون له الرجوع على المتبوع . كذلك يكون له الرجوع على صاحب السيارة هي احتفظ بالحراسة بمحض خطأ مفترض ، فإذا رجع عليه دون أن يثبت خطأ في جانب التابع ، فإنه لا يستطيع الرجوع على التابع ما دام لم يثبت في جانبه خطأ ، كما لا يستطيع الرجوع على المتبوع لأن مسئولية التابع لم تتحقق .

والتعاضد هي أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال الوظيفة،
أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة
الوظيفة (à l'occasion de la fonction) ، بأن تكون الوظيفة قد سهلت
ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه (١) . بل يجب .
إذا لم يكن الخطأ قد وقع في عمل من أعمال الوظيفة ، أن تكون
هناك في القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة . بحيث يثبت
أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر في ارتكابه لولا
الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ،
أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها (٢) .
ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر (٣) ، علم
به أو لم يعلم (٤) . عارض فيه أو لم يعارض (٥) . ويستوى أخيراً أن يكون

(١) وقد ذهب الأستاذ مصطفى مرعي بك في كتابه « المسؤولية المدنية في القانون المصري
قرة ٢٢٠ - قرة ٢٢٩ » إلى أنه يكفي أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو
ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، حتى تتحقق مسؤولية للتبوع عن تايه - واستشهد
بأحكام صدرت من محكمة النقض وردت فيها هذه العبارات . ونحن نرى أن هذا توسع لامجور
له في مسؤولية التبوع ، وأن محكمة النقض في القضية التي فصلت فيها كانت في غنى عن تقرير
للبدأ على هذا النحو من السعة ، وسنعود إلى تفصيل ذلك (أنظر في هذا المسمى الدكتور سليمان
مرعس في تعليقه للنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ١٦٩ - ص ١٧٦) .

(٢) ويحصل بين الفقهاء ما بين هذه القروض الثلاثة - مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة
في استعمالها واستغلالها - حتى إذا أورد الأستاذ على كل فرض منها ، ذى التمييز بينها حتى بينهم،
وحتى تدخل القروض بعضها في بعض ، ويصعب التفريق بين فرض وفرض (أنظر للمسؤولية
المدنية للأستاذ مصطفى مرعي بك قرة ٢٢٠ وما بعدها حيث يستعرض هذه القروض ، ويأتي
بأشقة لكل فرض يصيب في بعضها تخصيصه لفرض دون آخر) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن تكون الجريمة التي هم من المادام قد وقعت
بمعرض من اليد ، وبأن أساس مسؤولية اليد عن أخطاء خاضه قائمًا قانوناً على ما يفترض في
جانب التبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في رعايته ، وهذا النوع من المسؤولية
لا يشترط فيه تعرض من اليد ولا صدور أى عمل إيجابي منه (قضى جنائي ٦ نوفمبر سنة
١٩٣٩ المحللة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية التبوع تتحقق حتى لو كان غائباً وغير عالم بمجرمة
التابع (قضى جنائي ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحللة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ وهو الحكم الذي
سبقت الإشارة إليه - فقرر قاضي جنائي في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحللة ١٢ رقم ٥٩
ص ١٠٥) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لتطبيق المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) أن ==

التابع في ارتكابه للخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصي (١).
يستوى كل ذلك ما دام الشرط الذي أسلفنا ذكره قد توافر ، فلم يكن التابع
ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة (٢).
وإذا كان لا يكفي لمساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة ، فأولى
ألا تتحقق هذه المسألة إذا كان خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا تربطه بها
أية علاقة .

وبمخلص لنا مما قدمناه حالات أربع : (١) الخطأ في تأدية الوظيفة .
(٢) الخطأ بسبب الوظيفة . (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذي هيأت
له الوظيفة) . (٤) الخطأ الأجنبي عن الوظيفة .
والخطأ في الحالتين الأوليين يحقق مسئولية المتبوع ، ولا يحققها في الحالتين
الأخيرتين . ونستعرض كلا من الحالات الأربع .

= يقع الخطأ الناجم عن الضرر من خادماً وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، ففي توافر
هذه الشروط تثبت مسئولية السيد بحكم القانون ، وبغير حاجة إلى البحث فيما إذا كان السيد قد
أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته ، أو أن الخادم قد خالف أمر سيده ، لأن هذه
المسئولية إنما هي مسئولية مفترضة افتراضاً قانونياً (تقضى مدني في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمجموعة
عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن السيد مسئول ولو كان الخادم
ارتكب القتل رغمًا من أوامر سيده (استئناف في ٢ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاملة ٥ رقم ٣/٦٠٩
ص ٧٣٧) ، وقضت أيضاً بأن مسئولية المتبوع تتحقق طالما كان الفعل متصلاً بعمل التابع ، ولو
كان نكشاً عن سوء استعماله لمهام وظيفته أو عن إغفاله أوامر سيده (استئناف في ٧ فبراير
سنة ١٩٢٨ المحاملة ٨ رقم ٢/٥٢١ ص ٨٦٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان
هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة السيد ، فقد ترتبت مسئولية السيد
مدنياً عن هذا الخطأ (تقضى جنائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاملة ١٨ رقم ٢١٩ ص ٤٢٠ -
وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاملة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤١
الماملة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢ - طرن تقضى جنائي في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاملة ١٤
رقم ١/٣ ص ٤ - محكمة مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاملة ٧ رقم ٤٨١
ص ٨٢٩ - استئناف مخطوط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ - وفي ١٤ ديسمبر
سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥) .

(٢) وضما الشرط الذي يجب توافره لتحقيق مسئولية المتبوع في هذه المينة عمداً ، إذ
لا يكفي أن يقال - كما يقال عادة - إنه لولا الوظيفة لا وقع الخطأ ، بل يجب أن يثبت أيضاً أنه
لولا الوظيفة لا استطاع التابع أن يرتكب الخطأ أو لا يفكر في ارتكابه .

٦٨٣ - الخطأ في تأدية الوظيفة : الأصل أن الخطأ الذي يرتكبه التابع ،

تتحقق به مسئولية المتبوع ، يقع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فائق السيارة ، وهو تابع لصاحبها ، إذا دهس شخصاً في الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يقود السيارة ، أى يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ . والخادم وهو يقوم بأعمال النظافة في منزل غلمومه ، فيلقى خطأ في الطريق جسيماً يودي أحد المارة ، يرتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فيكون المخدوم مسئولاً عنه . وخفير الدرك وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ منه فتصيب مقتلاً من المتهم ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه . والطبيب الذي يعمل لحساب مستشفى ، إذا أخطأ في علاج مريض ، يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، فتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه . وقس على هذه الأمثلة كثيراً غير هذا (١) .

وقد قلنا أنه يستوى أن يكون الخطأ في تأدية الوظيفة قد وقع بناء على

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الخفير الذي يطلق في رعونة عياراً نارياً في أثناء حراسته لإلا فيصيب شخصاً يكون قد ارتكب خطأ يجبل الحكومة مسئولة عنه (تجلى جئاً في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المجلد ٥ رقم ٦٠٩ ص ٧٣٧) . وقضت أيضاً بأن سائق السيارة إذا تركها وبها مفتاح الحركة في عهدة تابع آخر لمخدومه (خفير زراعية) ، قضت هذا التابع الذي يجبل القيادة بالفتح ، فانطلقت السيارة على غير حدى وأصابته المني عليهما ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بسبل من أعمال وظيفته ، وهو حفظ السيارة من أن يبت بها ، ويكون المخدوم مسئولاً عن ذلك (تجلى جئاً في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المجلد ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن الممرض الذي بسبل في خدمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعصى المريض سماً بدلاً من الدواء ، وترتب على هذا الخطأ موت المريض ، يكون قد ارتكب الخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجلد ٢٢ رقم ٣٦ ص ٦٧) . وقضت أيضاً بأن الممرض الذي يعطى في إعلان صحيفة الاستئناف ، وترتب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجلد ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البواب ، إذا تهاون ففكّن لماً من سرقة مال أحد للتأجيرين ، يكون قد ارتكب خطأ في عمل من أعمال وظيفته ، ويكون المالك مخدومه مسئولة عنه (استئناف مختلط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠) .

أمر من المخدم . أو بغير أمر منه ولكن يعلمه ، أو بغير علم منه ولكن دون معارضة . أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المخدم . والخطأ في جميع هذه الأحوال هو . كما عرفناه ، انحراف عن السنوك المألوف للرجل المعتاد .

٦٨٤ - الخطأ بسبب الوظيفة : وقدير تكب التابع الخطأ وهو لا يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، ولكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ . فيكون المتبوع مسئولاً عنه في هذه الحالة ، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، إذ كانت الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ .

ولا يكفي القول بالسببية المباشرة لتحديد الحالة التي نحن بصدددها . بل يجب أن نسير خطوة أبعد في هذا التحديد . ونورد طائفتين من الأمثلة تقتطفها من أحكام القضاء المصري ، لتستخلص المعيار الذي يصلح أساساً لكل طائفة منهما .

الطائفة الأولى : (١) أحب خفير امرأة متزوجة ، فاستلجج زوجها إلى دركه ليلاً وقتله لتخلص له الزوجة ، فقضت محكمة النقض بأن الحكومة مسئولة عن عمل الخفير ، وقالت : « إذا كان الخطأ الذي وقع من المهم ، وضر به المدعى بالحق المدني ، إنما وقع منه بوصفه خفيراً وفي الليل وفي الدرك المعين لتأدية خدمته فيه وبالسلاح المسلم إليه من الحكومة التي استخدمته ، وأنه إنما تدرع بوظيفته في التضليل بالمخفي عليه حتى طلوعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن من الفتك به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، وبأن وظيفته هذه هي التي سهلت له ارتكاب جريمته ، فستولية الحكومة عن تعويض الضرر الذي تسبب فيه المهم باعتباره خفيراً معيماً من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هي التي هيأت له ظروف ارتكابه (١) »

(١) قض جنائي في ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر لأحكام القس الجنائية ٥ رقم ١٩٦٦ ص ٣٦٩ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض في حكم آخر بأنه إذا ارتكب الموظف حال قيامه بوظيفته خطأ ببلغ شخص من انتظام أو خد أو نحوهما ، فالموظف وحده هو الذي يجب أن يسأل عما جبر إليه خطأه من الضرر بالنظر ، فإذا ذهب الخفير مع العدة لإبطال السواقي التي كانت =

(٢) ذهب صراف إلى المركز في عمل من أعمال وظيفته . فكلّف العمدة خفيرين بحراسته ، فانقضّ عليه الخفيران في الطريق وقتلاه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الجريمة ارتكبت في أثناء تأدية الخفيرين لوظيفتهما ، فتكون الحكومة مسئولة عنهما (١).

(٣) ذهب كونستابل في مهمة رسمية ومع مسلحه ، فرار في الطريق بعض أقاربه ، وفي أثناء الزيادة عثّ بالسلس فانطلق وأصاب مقتلاً من صبي كان يجانبه . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل الكونستابل ، وقالت في أسباب حكمها إن المادة ١٥٢ (قديم) إذ تقرر مسؤولية السيد عن الضرر الناشئ للخير عن أفعال خطئه متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم قد عممت ، فلم تجعل المسؤولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة من تأدية الوظيفة نفسها ، بل جعلتها واجبة أيضاً عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأه للخادم أدائه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذا الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذي وقع من الموظف نتيجة عثّ بسلح تسلمه بحكم وظيفته ، فالوزارة التي هو تابع لها مسئولة عن تعريض هذا الضرر (٢) .

(٤) كلّف سيد خادمه بإحضار أحد العمال لإصلاح سيارته ، وأعطاه

== تدار لرى الصراف ، وأبلا الساقية التي كان يديرها المني عليه وولاه ، غير أنه بعد انصراف العمدة والخبراء عاد الخفير الأول وأصر على أن يسلط ساقية المني عليه ، فطغ المزقة وخطع الطين الميث بها بواسطة فأص منبرة ، ولا اضرضه المني عليه ضربه عمداً يد القاس ، فشكل ذلك سبباً في وقته ، كان في كل هذا ما يجر بمواز أن يكون الخفير إذا اعتدى على المني عليه بدافع الاضطهم لرضاء لتفتية ساقية (عنى جنائي في ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحلة ١٤ ولم ٤ س ٥ — وانظر عدداً لهذا الحكم في كتب المسؤولية المدنية للأستاذ مصطفى مرمي بك س ٢٠١ — س ٢٠٢)

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤ الصراف رقم ١١٦ س ١١٥ .
(٢) عنى مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ ولم ١١٥ س ٢٦٠ . ومع ذلك قد قضت محكمة جنات أسبوط في ١١ أغسطس سنة ١٩٢٣ (المحلة رقم ٣٢ س ٢١) بأنه إذا اطلق عبار تاري من بتدلية الخفير وهو بعيد عن حركة الرسي ، فخير عمل رسي ، وكان الخفير يحمل التدلية سبأ في غير الأحوال التي تمت عليها التليفت ، فلا مسؤولية على الحكومة .

بماقتنى ليشتري بهما «البنزين» ، فحضر الخادم عاملاً فحصى السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه . فشقت عككة النقض بمسئولية السيد عن الخادم ، وقالت في أسباب حكمها : «السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود وظيفته ، مادامت وظيفته هي التي هيأت له إتيان خطئه المستوجب للمسئولية (١)» .

(٥) ترصد فراش لناظر مدرسته معترفاً اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده . واقترب الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها بصفته رئيساً له وقطع بسكين أعدها لهذا الغرض . فاعتبرت عككة النقض الحكومة مسئولة عن الفراش ، وقالت في أسباب حكمها : «إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأديق وظيفته بالذات ، ففي هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، لأن المخلوم يجب أن يسأل في هذه الحالة على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الحملة التي عهد هو بها إليهم ، متكفلاً بما افترضه القانون في حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها . فإذا ترصد المتهم عند باب المدرسة التي يشتغل بها فراشاً مع زملائه الفراشين فيها حتى موعد انصراف الحيني عليه منها (وهو مدرس متدرب للقيام بأعمال نظارة المدرسة) . وتمكن منه في هذه الفرصة واغتاله في هذا المكان وهو يتظاهر بأنه إنما يقترب منه لكي يفتح له بصفته رئيساً باب السيارة التي كانت في انتظاره . فذلك يبرر قانوناً إلزام الوزارة بتعويض الضرر الذي وقع على الحيني عليه من خادما المتهم (٢)» .

(٦) سرق أحد سعاة البريد كتاباً (خطاباً) تسلمه بحكم وظيفته ، فاعتبرت عككة الاستئناف الوطنية أن مصلحة البريد مسئولة عنه (٣) .

(١) قضى جنائى في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر لأحكام النقض الجنائى ٤ رقم ٦٢ ص ٥٦ .

(٢) قضى جنائى في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحللة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ .

(٣) عككة الاستئناف الوطنية في ١٨ يولية سنة ١٩٠٧ المحبوعة الرسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ . وقرب من هذا ما قضت به عككة النقض الفرنسي من أن إدارة السلك الحديدية =

(٧) ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة فتابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) ، فبث هذا التابع بالمفتاح ، فاطلقت السيارة ، وأصاب شخصين في الطريق . فاعتبرت محكمة النقض المخدوم مسئولاً عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة (١) .

والتأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستلزم ردها جميعاً إلى أصل واحد ففي كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن يستطيع ارتكابه لولا وظيفته . فالخفير في المثل الأول ما كان يستطيع استدراج الزوج إلى الدرك لولا تدبره بوظيفته . والخفيران في المثل الثاني ما كانا يستطيعان قتل الصراف لو لم يكفيا بحراسته . والكونستابل في المثل الثالث ما كان ليعبث بالمسلس لو لم يتسلمه بحكم الوظيفة . والخدام في المثل الرابع ما كان ليصيب العابر لو لم يتسلم السيارة من سيده باعتباره خادماً له . والفراس في المثل الخامس لم يكن يستطيع اغتيال الناطق لولا تقدمه إلى باب السيارة باعتباره فراشاً (٢) . وسامع البريدي في المثل السادس لم يكن ليسرق الكتاب لو لم يتسلمه بحكم عمله . وخفير الزراعة في المثل الأخير ما كان ليعبث بمفتاح الحركة في السيارة لو لم يكن خفيراً عند مخدومه .

نقول إن المعيار الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . وتعارض هذا المعيار معيارين آخرين ،

== مشوة عن خطأ «الكساري» ، التي يستل وظيفته في تهريب مسروقات من بلد إلى آخر (نقض فرنسي في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٧ سيرة ١٩٠٧ - ١ - ٤٧٣) .

(١) قض جاني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحللة ٢١ رقم ٣٠٧ في ٧٠٢ . وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم . وذكرت محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتي : «إن إصابة المحي عليها قد تبنت عن خطأ السائق أثناء قيامه بسلكه عند مخدومه وخطأ الخفير وهو يؤدي عملاً لديه ما كان يؤديه لو لم يكن خفيراً عنده » .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الخادم ، وهو الناس لا السائق ، غير مكلف من قبل مخدومه بقيادة السيارة وكان أجنبياً عن هذه المجموعة ، فستصل السيارة في غفلة من المخدوم ، وعدم بها شخصاً قتله ، فإن المخدوم لا يكون مسئولاً عن فعله (قض جاني في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحللة ١٢ رقم ٥٩ س ١٠٥ - وانظر نقداً لهذا الحكم للأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية ص ١٩٥ - ص ١٩٦) .

(٢) يضاف إلى هذا الاعتبار في هذا المثل بلجات أن الفرانس لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا وظيفته . وهذا هو المعيار الثاني الذي سنتل إليه فيما يلي .

قال بأحدهما القضاء ، وقال الفقه بالتأني .

أما معيار القضاء فهو هذا الذي تكرر في الأسباب التي نقلناها عن محكمة النقض ، إذ غلب فيها ذكر أن الوظيفة هي التي ساعدت على إثبات الخطأ ، وهيات الفرصة لارتكابه (١) . وكانت المحكمة في غي عن هذا المعيار الذي يفرض عن الحاجة فيما يقع له (٢) . فليس كافياً أن تكون الوظيفة ساعدت على إثبات الخطأ أو أنها هيات الفرصة لارتكابه ، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . فعلاقة الوظيفة بالخطأ ليست فحسب أنها ساعدت عليه وهيات الفرصة لارتكابه . بل هي أكثر من ذلك ، إذ هي ضرورية لإمكان وقوع الخطأ ، ولولاها لما استطاع التابع أن يأتى العمل الذي جعله مستولاً .

وأما معيار الفقه فيتلخص كما أسلفنا في أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ (٣) . والسببية المباشرة ، فوق ما تنطوي عليه من إيهام ، لا تزال أوسع من المعيار الذي نقول به . فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية في ارتكابه .

فتحن إذن نؤثر المعيار الذي قررناه ، ونذهب إلى أن الوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الخطأ (٤) . وهذا هو المعيار الأول في الخطأ بسبب الوظيفة ، استخلصناه من هذه الطائفة الأولى من الأحكام . وننتقل الآن إلى المعيار الثاني ، نستخلصه من الأحكام التي تنظمها الطائفة الثانية .

الطائفة الثانية : (١) ارتكب موظف إدارى جريمة تحط من كرامة أشخاص

(١) وقد دافع الأستاذ مصطفى مرعى بك عن هذا المعيار دفاعاً شديداً (انظر كتابه في الشئلية المدنيةقرة ٢٢٩ بوجه خاص) .

(٢) أنظر في هذا المثل تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ من ١٦٩ - ١٧٨ .

(٣) أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٢ من ١٥٥ وما بعدها ، وهو التطبيق الذي سبقت الإشارة إليه . وانظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى .

(٤) وقد رأينا فيما تقدم (قرة ٦٨٧ في المداش) أنه لا يمكن القول بأنه لولا الوظيفة لا وقع الخطأ ، فهذه العبارة لا تغيد أكثر من قيام علاقة سببية مباشرة ما بين الوظيفة والخطأ ، ولا يفيهم منها حياً أن الوظيفة كانت ضرورية لإمكان وقوع الخطأ .

ينتمون إلى الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، لا مدفوعاً بمعامل شخصي ، بل لإرضاء للحكومة القائمة ، وابتغاء الزلزال عنها . قضت محكمة جنائيات المتصورة (١) بأن الحكومة تكون مسئولة عن هذا الموظف ، وأيدت محكمة النقض (٢) هذا الحكم .

(٢) رأى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته ، وضرب الشخص الآخر ضرباً لم يقصد به قتله لكنه أفضى إلى موته . قضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولاً عن نتيجة الأعمال التي ارتكبها الخادم في مصلحة سيده ، ولو كانت هذه النتيجة أشد خطورة مما كان يريد السيد (٣) .

(٣) نسب إلى عمال أحد القاولين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فنضب ناظر الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدائرة التي يعمل ناظر الزراعة في خدمتها ، والتي وقع الاعتداء المسلح على العمال لحمايتها ، مسئولة عن عمل ناظر الزراعة ، سواء كان هذا العمل الذي قصد به الناظر مصلحتها قد أدى إلى قتلها أو عاد عليها بالضرر (٤) .

(٤) اتهم شخص بالسرقة ، فأراد وكيل شيخ الخفر أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من النقود يدفعه لمن وقعت عليه السرقة ، ولما لم يجد معه نقوداً ضربه ضرباً أفضى إلى موته . فاعتبرت محكمة النقض أن الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفر ، وقالت في أسباب حكمها إن المبنى عليه كان تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر ، فإذا مات على

(١) جنائيات المتصورة في ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ الجلسة ١١ رقم ٢١٤ من ٢٧٨ .

(٢) جنجى جنائى في ٧ مايو سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ رقم ١٤٨ من ٢٦٧ .

(٣) جنجى جنائى في ٥ يناير سنة ١٩٢٥ الجلسة ٥ رقم ٥٠٣ من ٦٠٦ . وقضت محكمة بنى سوف في هذا المبنى بأنه إذا تضارب عمدة مع شخص آخر ، فاعتدى خادم السدة على هذا الشخص الآخر ، كان السدة مسئولاً عن فعل خادمه (بنى سوف في ٣١ يناير سنة ١٩٢١ الجلسة ٢ رقم ٩٤ من ٢٩٢) .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٧٤ . أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٣٠٧ .

هذا الأخير عليه بالضرب في هذا الظرف ، كان هذا التعدي واقعاً منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التعدي والضرب إلا اعتداءً على تلك الوظيفة . وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنياً عن نتيجة خطأ المهتم طبقاً للمادة ١٥٧ مدني (قديم) ، ولا تأثير للبائع على الجريمة وهو فرض الصلح على المجني عليه في الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة صريح في فرض المسؤولية على المخدم عن كل ما يأتي الخادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعته إلى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسؤولية المخدم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص في المراقبة . ويكفي لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باع شخصي له أو عن الرغبة في خدمة المخدم (١) .

(٥) اعتدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية ، فاعتبرت محكمة الاستئناف المختطة أن الشركة التي يعمل السائق في خدمتها مسئولة عن خطأ هذا السائق (٢) .

والمأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستطيع أن يردها هي أيضاً إلى أصل واحد . ففي كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . فالموظف الإداري في المثل الأول ما كان ليفكر في الاعتداء على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب المعارض لولا وظيفته ، وما ولدته هذه الوظيفة في نفسه من الرغبة في تمتلئ الحكومة القائمة . والخادم في المثل الثاني ما كان ليفكر في ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد . وناظر الزراعة في المثل الثالث ما كان ليفكر في الاعتداء على العمال لولا أنه يعمل في خدمة

(١) نفس جنائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ موعة عمر لأحكام القضاء الجنائية ٤ رقم ١٠٩ ص ٩٠ .

(٢) استئناف مخطوط في ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ . كذلك يكون عامل النقل مسئولاً من عمل سائق عنده هناك عرض لطفه كان مكافئاً بنظري (محكمة الجن الجزئية في ٢٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ١٨٧٣ - ٣ - ٧) ، وعن سرقة عامل عنده لثاغ أحد الركاب (محكمة الجن الجزئية في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ٥ - ٢٧٥) .

البائرة التي قصد حمايتها . ووكيل شيخ الحفر في المثل الرابع ما كان ليفكر في ضرب المتهم لو لم يكن من رجال الحفظ وقد رغب في إنهاء الحادث صلحاً . والسائق في المثل الخامس ما كان ليفكر في الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق للسيارة . ومن ثم فالمعيار الثاني الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فهناك إذن معياران للخطأ بسبب الوظيفة ، ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته إما لأنه لم يكن يستطيع ارتكاب هذا الخطأ ، وإما لأنه لم يكن ليفكر في ارتكابه ، لولا الوظيفة (١) .

٦٨٥- الخطأ بمناسبة الوظيفة: ويتبين مما تقدم أن المتبوع لا يكون مسئولاً

إذا لم يكن خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة على النحو الذي فصلناه ، بل كان هذا الخطأ قد وقع بمناسبة الوظيفة ، بأن اقتصرت الوظيفة على تسيير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتذكير التابع فيه . وإذا كانت محكمة التقص عندنا تقرر غير ذلك فيما تقدم به من الأسباب لأحكامها، وتذكر في كثير من هذه الأسباب أنه يكفي لتحقيق مسئولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت

(١) وقد رأينا أن التابع يعتبر قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، سواء حرره المتبوع على هذا الخطأ أو لم يحرره ، وسواء علم للمتبوع بالخطأ أو لم يعلم ، وسواء علّض فيه أو لم يعلّض . ورأينا كذلك أن الخطأ يكون بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع لمد ارتكابه لحظر شخصي .

ويعي أن حرره أن مسئولية المتبوع تقتضي ، ولو كان الخطأ بسبب الوظيفة ، إغنا تين أن الضرور قد عامل التابع وهو عالم بمجاوزته حدود وظيفته ، فإن الضرور فحده الحلال يكون قد عامل التابع بصفته الشخصية لا باعتباره تابعاً . وقد قضت محكمة التقص بأن سلطة التابع مع العلم بأنه لا يصل لحساب متبوعه لا يجعل المتبوع مسئولاً ، كاستخدام في مصرف عومل على احتجابه أنه يصل لحساب نفسه ، فلا يكون المصرف مسئولاً عنه (نفس جرائد في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المجلد ٢٧ رقم ١١٤ من ٢٩٦) . فلو أن سائق السيارة اتفق مع صديق له على أن يخطئ السيارة من سببه لقتله بها ، وارتكب السائق خطأ كان سبباً في إصابة صديقه ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ (الدكتور سليمان مرقس في الفصل الثامن فقرة ٩٦ من ١١١ - أنظر أيضاً تعليقاً له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ من ١٨٠ - وأنظر استنتاج مخطوط في ٥ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٩١ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ من ٢٢٨) .

ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، فقد رأينا أنها كانت في غنى عن هذا التوسع ، وأن أحكامها تستقيم فيما عرض لها من الأفضية لو أنها ألزمت المبدأ الصحيح ، واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة ، لا بمناسبة الوظيفة فحسب ، فإن الأحكام التي أصدرتها في هذا الموضوع كان منطوقها لا يتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس للدق. ولقد كان القانون المدني الجديد موقفاً كل التوفيق عندما جلا الغموض الذي يحيط بهذه المسألة ، فقد رأينا أنه نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فذكر الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذي تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه (١).

وناقى بأمانة للخطأ الذي تهيئه الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة ، لتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة .

لو أن سائق السيارة ، بدلاً من أن يعتدى على الراكب معه مما يحسب الخطأ واقعاً بسبب الوظيفة فيما قلناه ، كان يضمر الحقد لحصم له ، فقصد الانتقام منه ، وتعقبه في الطريق ، وانتهر فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن عمل السائق ، لأن السائق كان ينوى الإضرار بخصمه ، سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أي نوع آخر من أنواع

(١) وقد رأينا أن المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد قد جرى بمكة التمس فيها فوجت عليه من توسع يجاوز الحاجة ، فتمت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة لتابعه في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » . وكذلك فعل المشروع النهائي والمشروع الذي أقره مجلس النواب : ولجنة القانون المدني مجلس الشيوخ هي التي أدخلت هذا التعديل الموافق على النص ، فبطلت « المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وإن كانت قد ذكرت في تحريرها أنها آثرت « أن تنسج على منوال الفنتين الحال (القديم) في التعديل » . فإما على ما انتهى إليه القضاء من تأييد في تحرير نص المادة ١٥٢ من القانون الحالي (القديم) ، فلم تكن تحس وقت أن أدخلت هذا التعديل مقارناً ما أصابت من التوفيق (أنظر مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤١٣ - ٤٢٠) .

الأذى ، فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ . بل اقتصر
على تيسره . وهيات الفرصة لوقوعه . ويكون الخطأ في هذه الحالة قد وقع .
لا بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة .

ولو أن طاهياً أسك بالسكين التي يستخدمها في عمله . وطعن بها القصاب
الذي يشتري منه اللحم لسيده لشجار بينهما نشب بسبب هذا التعامل ، كان
هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهي لم يكن ليفكر في الاعتداء على
القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا الطاهي نفسه ، لو كان له خصم يريد
إيذاؤه . فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه وطعنه بها ، لم يكن
هذا خطأ بسبب الوظيفة . لأن الطاهي لو لم يجد هذه السكين لمر على غيرها .
فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ . بل اقتصر على أن تيسر له
ارتكابه ، وأن تهيئه له الفرصة في ذلك . فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة ،
بل بمناسبة الوظيفة . ولذلك لا يكون السيد مسئولاً عن عمل الطاهي .

ولو أن الخفير الذي أحب امرأة مزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا
وقته لتخلص له الزوجة ، فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذي
قدمناه ، لم يتفرع بوظيفته في التضييل بالزوج . بل ذهب إليه في مسكنه ،
وفي غير وقت العمل ، وأطلق عليه عياراً نارياً قتلته ، لم يكن هذا العمل
خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير
السلاح الذي تسلمه من الحكومة ، وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب
جرمته . وهياً له الفرصة في ذلك . فيكون الخطأ الذي وقع منه خطأ بمناسبة
الوظيفة . ولا تكون الحكومة مسئولة عنه . وقد سبق أن رأينا أن الخفير .
وهو يفتبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ فيصيب مقتلاً منه ، يكون
قد ارتكب خطأ في تأدية الوظيفة . فهذا عيار ناري يطلقه الخفير ، يكون
خطأ : تارة في تأدية الوظيفة ، وطوراً بسبب الوظيفة ، وثالثة بمناسبة الوظيفة .

٦٨٦ - **الخطأ الأجنبي عن الوظيفة** : وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة
لا يجعل المتبوع مسئولاً عن عمل تابعه ، فأولى بالخطأ الأجنبي عن الوظيفة
أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبي عن الوظيفة ما قضت به محكمة النقض من أنه

إذا كان الثابت بالحكم أن حادث القتل المطلوب التعويض عنه قد وقع خارج المصنع الذى يعمل فيه القتل وفى غير أوقات العمل . وأن مرتكبيه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه . فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبهوا أثناء تأدية وظيفتهم لدى صاحب المصنع . وبالتالي لا يصح إلزامه بالتعويض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه . ما دامت العلاقة الزمنية والمسكانية منعلة بين عمال المصنع الذى يؤذيه الخنثاء لمصلحة صاحب المصنع (١) . وقضت محكمة جنابات طنطا بأن الحكومة غير مسئولة عن جناية

(١) قضى مدلى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ من ٤٣٦ . وقد قرر هذا المحكم أن أحكام مسئولية للتبوع عن التابع واحدة فى القانونين المصرى والفرنسى ، ثم بحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية . فقال فى هذا المعنى إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) تقتضى لائحة المخدم أن يكون الضرر الذى أصاب الغير ناشئاً عن فعل المخدم فى حال تأدية وظيفته (on exercent ses fonctions) ، تلك العبارة التى يعطى بها المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى (dans les fonctions auxquelles ils les ont employés) والمعبّران مؤداها واحد ، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن النص فى القانون المصرى قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود . والمادة المذكورة إذ جعلت المسئولية تمتدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى تقتضاهما ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل فى صدد تبينه — أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يتبرأ شخصاً واحداً . لذلك يكون من المعين عدم الأخذ بهذا الاعتبار إلا فى المندود المرسومة فى القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعاً من التابع أثناء قيامه بوظيفته . وبما أن مسئولية المخدم عن خطأ خادمه ، وإن كانت محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة إذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصالها بها ، إلا أنه لا جدال فى أن الحادث الموجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترعه التابع فى وقت لم يكن قد تخلّى فيه عن عمله عند التبوع واقتطعت الصلة فيه بينها . لوموتاً . وأصبح التابع بذلك حراً يضل ما يريد ويصرف كما يشاء تحت مسئولية وحده . ذلك لأن مسئولية التبوع إنما تقوم على ما ليد من حق إصدار أوامره وتطبيقاته إلى تابعه والتسكن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد به إليه . فإذا اخلت هذا الزمام من يد المتبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان المتبوع من ثم غير مسئول عن تصرفاته بحال ما .

وهما يكن من وجامة هذه الأسباب ، فإن هناك علا لتخلف فى هذه القضية . ذلك أن القتل كان رئيساً لسبب المصنع ، وقد قلوه انتقاماً منه ، لضربه واحداً منهم لاحظ عليه مخالفته لتعليمات . فبممكن القول إن السبب ما كانوا ليفكروا فى ارتكاب جرمهم لولا الوظيفة ، ويكون الخطأ الذى صدر منهم قد وقع بسبب الوظيفة ، فتقوم مسئولية صاحب المصنع باعتباره عدوياً للسبب .

لوتكبا أحد رجال البوليس في وقت كان فيه متفياً عن عمله في أجازة رسمية (١).

وقضت محكمة الاستئناف المختلة بأن المصلحة لا تكون مسئولة عن الضرر الذي أصاب شخصاً من جراء حادث من حوادث الصيد وقع بخطأ من الحارس وهو يصطاد في غير ساعات العمل (٢).

وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الذي يتدخل دون حق في عملية تسليم البضائع فيوجه مباشرة أوامر للمالين ، ويخالف بذلك القوانين ، ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك بالضرر الذي يحدثه للمالون وهم يتفقدون أوامره (٣). وهما نرى أن التابع ، وهم المالون ، قد ارتكب الخطأ الأجني عن الوظيفة في المكان وفي الزمان اللذين يؤدي فيها الوظيفة . فليس من الضروري إذن . حتى يكون الخطأ أجنياً عن الوظيفة ، أن يكون منقطع الصلة بها في الزمان أو في المكان (٤).

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه مسئولية التبوع

٧٧- مسألتهم: متى تحققت مسئولية التبوع بتوافر الشرطين اللذين

(١) جنابك خطأ في ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المخلطة ٥ رقم ٢٢ س ٢٤ . كذلك لا يكون المندوم مسؤولاً إذا سرق خاتمه متاعاً من المنزل الذي يقيم فيه بعيداً عن سيده ، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه ، أو يهدد به أو يمن عليها بصفته الشخصية (الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية ققرة ٢٣٠ س ٢٠٧).

(٢) استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ س ٢٥٧ . وقد تكون « البندقة » التي كان المندوم يصاد بها سلت له بحكم عمله ، تكون الوظيفة قد ساعدت على ارتكاب الخطأ ، وتنتقل بذلك من خطأ أجني عن الوظيفة إلى خطأ بمنسوبة الوظيفة ، ولكن في المالين لا مسئولية على التبوع .

(٣) استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ س ٢٣١ - وانظر أيضاً محكمة مصر التجارية المختلة في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٠ جلزت ٢٠ رقم ٢٠٠ س ١٩٢ .

(٤) أنظر في هذا المعنى الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية ققرة ٢٣٠ - وقد أورد مثل من يرسل خاتمه ليشتري له شيئاً من السوق ، فينتاجر الخادم في الطريق مع آخر ويمتد عليه ، فلا يكون المندوم مسؤولاً . وأورد أيضاً مثل الموظف يستغل في مكتبه وفي وقت عمله دائماً له ، ويحرم مشاعه بين الاثنين بسبب الدين ، فيمتدئ الموظف على الدائن بالضرب ، فلا يكون المندوم مسؤولاً .

تقدم ذكرهما - علاقة التبعية وخطأ في تأدية الوظيفة أو بسببها - قامت هذه المسؤولية على أساس ينبغي تحديده . وهى على كل حال لا تجب مسؤولية التابع ، بل تقوم إلى جانبها .
فتكلم فى مسألتين : (١) تكيف مسؤولية المتبوع . (٢) قيام مسؤولية التابع إلى جانب مسؤولية المتبوع .

١٤ - تكيف مسؤولية المتبوع

٦٨- آراء مختلفة : بعد أن بينا الشرطين الواجب توافرها حتى تقوم مسؤولية المتبوع عن التابع ، بقى أن نكيف هذه المسؤولية التكيف الذى يتلاءم مع هذين الشرطين .
وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسؤولية المتبوع عن التابع تقوم على خطأ مفترض (faute présumée) فى جانب المتبوع . وأخذ بهذا رأى كثير من أحكام القضاء . ولكن الرأى أصبح مستقلاً ، وكاد يصبح رأياً مرجوحاً . وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعية (idée de risque) . وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (idée de garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (idée de représentation) ، وإما على فكرة الحلول (idée de substitution) .
والمأمل فى هذه الآراء الخمسة يستطيع أن يردّها إلى أصليْن . فلما أن تكون مسؤولية المتبوع عن التابع مسؤولية ذاتية (responsabilité personnelle) ، أو هى مسؤولية عن الغير (responsabilité pour autrui) .
فلذا قدرنا أنها مسؤولية ذاتية ردتها إلى اعتبار فى شخص المتبوع : خطأ فى جانبه وهذا هو الخطأ المفترض ، أو نفع يجنيه لنفسه وهذا هو تحمل التبعية .
وإذا قدرنا أنها مسؤولية عن الغير ردتها إلى اعتبار فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع : فلما أن تعتبر المتبوع كضلع التابع وهذا هو الضمان ، وإما أن تعتبر التابع نائباً عن المتبوع وهذه هى النيابة ، وإما أن تعتبر شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول .
والصحيح فى نظرنا أن مسؤولية المتبوع عن التابع ليست مسؤولية ذاتية ،

بل هي مسئولية عن الغير (١). ولعلها هي المسئولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من مسئوليات مختلفة. فإن مسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية كما رأينا (٢). وسرى أن المسئولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هي أيضاً مسئولية ذاتية تقوم على خطأ في جانب المسئول نفسه. فلا يبقى إلا مسئولية المتبوع عن التابع، وهذه هي المسئولية عن الغير.

ومضى قررنا أن مسئولية المتبوع عن التابع هي مسئولية عن الغير، يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول؛ فكلها تؤدي إلى نتيجة رئيسية واحدة، وإن اختلفت في بعض التفاصيل. ونستعرض الآن، بعد هذا التمهيد، الآراء الخمسة التي سبقت الإشارة إليها: الخطأ المفترض وتحميل التبعية والضمان والنيابة والحلول.

٦٨٩-الخطأ المفترض: هذا الرأي هو أقدم الآراء الخمسة. وكان

هو الرأي التقليدي السائد إلى عهد قريب. ويتلخص في أن المتبوع يقوم في جانبه خطأ مفترض: خطأ في الرقابة أو خطأ في توجيه أو خطأ في الاختيار، أو خطأ فيها جميعاً. وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس. فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسئولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانب المتبوع، فلما أن يكون المتبوع قد قصر في اختيار تابعه. أو قصر في الرقابة عليه، أو قصر في توجيهه. وهذا التقصير نفترضه افتراضاً، ولا تقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر. وقد قال بهذا الرأي، كما قلنا، كثير من الفقهاء والمحاكم في مصر وفي فرنسا (٣).

(١) وقد كنا تأخذ برأي آخر في الموجز (قصة ٣٥٢)، فكنا نقول بأن مسئولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس.

(٢) أنظر آخراً قصة ٦٧١ في الخامس.

(٣) وقد كنا، كما سبق القول، من يقول بهذا الرأي، وقد جاء في الموجز (قصة ٣٥٢) في هذا الصدد ما يأتي: «مسئولية المتبوع عن تابعه، في الحدود التي يتاحها، مبنية على خطأ في «التوجيه والرقابة»، وهو خطأ مفروض في جانب المتبوع لا يكلف الدعي إثباته. وليس على هذا إلا أن يثبت خطأ التابع، فيفرض أن المتبوع قد قصر في توجيه تابعه أو في رقابته حتى وقع منه هذا الخطأ. والخطأ المفروض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس، فلا يجوز للمتبوع أن ينفي من المسئولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات للعوقلة لتوجيهه»

والذى يؤخذ على هذا رأى أنه يؤدى إلى تقييد لا يصح التسليم بهما .
وهما :

== والرقابة على أعماله ، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما لعمناه .
أنظر أيضاً الدكتور حشمت أبو سقيت بك في نظرية الالتزام فقرة ٥٠٩ (وهو ينهى بأن
هذه المسؤولية لا يمكن ودعا إلى أساس من التلقى مستقيم ، ولا مناس من التسليم بها كما أرادها
القانون والقضاء) . وأنظر كذلك الأستاذ مصطفي مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٢ .

وقد صدرت من محكمة النقض أحكام كثيرة في معنى الخطأ للقرض . من ذلك ما قضت به
هذه المحكمة من أن « ضامن اليد يقوم قانوناً على مظنة خطئه في اختياره خادمه وفي مراقبته
إليه ، بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة . وهي مظنة قانونية تقضى بالضرورة من
إثبات خطأ من المضمون في اختيار الخادم أو في مراقبته . ولا يفي اليد من الضامن إلا بما
أنهت أن الحادث الضار قد نشأ عن قوة ظاهرة لأشأن فيها لخادمه أو عن خطأ المجنى عليه
قصة (نفس جنائي في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلوعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ — وبلاحظ
أن المحكمة هنا قد أعفت التبع من المسؤولية عند ما ينفي هذه المسؤولية لاعتباره هو بل
عن تاجه ، فتض المسؤولية عن التبع لا ابتداء بل تبعاً لاعتبارها عن التابع — أنظر أيضاً نفس
جنائي في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر لأحكام النفس الجنائية ٣ رقم ١ ص ١) . ومن
ذلك أيضاً ما قضت به من أن « هذه المسؤولية (مسئولية التبع) مفترضة افتراضاً قانونياً »
(نفس مدني في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) ، وما قضت به من « أن
أساس مسؤولية اليد عن أخطائه خادمه قائمة قانوناً على ما يفرض في جانب التبع من الخطأ
والنقص في اختيار التابع أو في رعايته » (نفس جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجلوعة ٢٠
رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) ، وما قضت به من أن التبع يجب أن يسأل « على أساس إسامة المضم
استعمال شؤون الخدمة التي عهد هو بها إليهم ، متكبلاً بما افترضه القانون في حق من وجوب
مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها » (نفس جنائي في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المجلوعة ٢١
رقم ١٨ ص ١٩ — وأنظر أيضاً في هذا المعنى : نفس جنائي في ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المجلوعة ٢١
رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢) ، وما قضت به من « أن مسؤولية اليد أساسها خطأه بسوء اختيار
من عهد إليهم بمخدمته وبخصمه في مراقبتهم ، وهذه (المسؤولية) ليست إلا تطبيقاً خاصاً لقواعد
المسؤولية الشخصية ، إلا أن الشارع قد أراد أن يحصل من خطأ الخادم قرينة ظاهرة على خطأ
سيده ، فلم ينفذ عموم نص المادة ١٥١ (القديمة) » (نفس مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦
مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠) .

وجاء في الأعمال التوضيحية للقانون المدني الجديد ما يفيد أن مسؤولية التبع مبنية على خطأ
مفترض . من ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي من « أن المشروع جعل
من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسؤولية » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك
ما ورد في لجنة المراجعة من أن أحد أعضاء هذه اللجنة أثار مسؤولية التبع إذا كان غير مميز
« فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ في جانب
غير المميز » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤١٥) . ومن ذلك ما انتهى إليه رأى لجنة

(الولا) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفروض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ، . لأمكن للمتبوع في القليل أن يتخلص من هذه المسئولية إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجبه في الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغي من العناية ، أى إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذى وقع وانحطاً المفترض في جانبه^(١) . وهذا ما لا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء . نعم هو يستطيع نفى علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطئه هو . فيتخلص من المسئولية . ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه . بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول ، ومسئولية المتبوع لا تقوم كما قلنا إلا تبعاً لمسئولية التابع^(٢) . ولكنه لا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر^(٣) . ولو أنه أثبت ذلك ، فنفى علاقة السببية بين الضرر وخطئه المزعوم . لبقى

= القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن « خطأ الخادم مفروض فيه أنه يرجع لسوء اختياره من قبل السيد ، بالخطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا هو ما أجمع عليه القضاء » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ١١٩ — أنظر أيضاً من ٤١٨) . ولا تنفى أن الأعمال التصديرية ، على صراحتهما في أن مسئولية المتبوع تقوم على خطأ مفروض ، تحيد الفقه في اجتنباده ، إذا هو ذهب إلى أساس آخر لهذه المسئولية في ظل القانون الجديد .

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بالخطأ المفترض يودرى وبلرد ٤ فقرة ٢٩١١ — ديكرولوب ٨ فقرة ٦١٠ — لوران ٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها — يندان فقرة ١٢١١ . ومن ذلك ترى أن الخطأ المفترض هو الرأى التقليدى في فرنسا في هذه المسألة . وانظر في الأحكام الفرنسية التى أخذت بهذا الرأى مازو ١ فقرة ٩٣١ فى الملمس .

(١) وقد رأينا أن متولى الرقابة يستطيع التخلص من المسئولية على هذا الوجه ، كما يستطيع التخلص بإثبات أنه لم يوجب الرقابة (أنظر آخراً فقرة ٦٧٣) ، لأن افتراض الخطأ في جانبه قابل لإثبات العكس ، فيستطيع نفى المسئولية بإثبات العكس كما يستطيع تبنيها بنفى علاقة السببية .

(٢) أنظر فى هذا المعنى : هنرى جئاتى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ من ٦٧ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم وإلى هذه الملاحظة .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى لقانون الجديد يتضمن نصاً بهذا المعنى (الفترة الثالثة من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع) ، وقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها سبباً لمسح الحذف أن حكم الفترة المحذوفة « ينسب إلى جمل فريضة المسئولية من قبل الرأى البسيطة في هذه المسألة ، ولا عمل للبدول عما قرره القانون المحال (القديم) من جمل هذه الفترة فطمة لا تسقط بإثبات العكس » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٤٢٠) — وفى هذا الخط واضح بين نفي الخطأ ونفى علاقة السببية .

مع ذلك مسئولاً عن تابعه . وفي هذا دليل قاطع على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على خطأ مفترض ، بل لا تقوم على خطأ أصلاً ، إذ أن المسئولية التي تقوم على خطأ . حتى لو كان هذا الخطأ مفترضاً وحتى لو كان الافتراض غير قابل لإثبات العكس ، ترتفع بنى علاقة السببية . وقد رأينا هنا أن مسئولية المتبوع لا ترتفع بنى هذه العلاقة (١).

(ثانياً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز . فقد رأينا أن غير المميز لا يتصور ارتكابه للخطأ ، فكيف يتصور افتراض الخطأ في جانبه ! وفي الحالات النادرة التي يكون فيها غير المميز مسئولاً ، تكون مسئولية قائمة لا على الخطأ ، بل على تحمل التبعة كما رأينا . فإذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسئولاً عن تابعه ، أدركنا أن مسئولية المتبوع لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ . وقد رأينا فيما قدمناه (٢) أن المتبوع قد يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى أو وصى أو قيم ، في القيام بالرقابة على التابع وفي توجيهه . وهنا ما قضت به محكمة النقض في مصر في حكيم معروفين (٣) وفي ذلك دليل آخر على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على الخطأ .

(١) على أن هناك من التفتيش الحديثة ما يقيم مسئولية المتبوع على خطأ مفترض ، بل لا يشهد في هذا الافتراض إلى حد أن يجعله غير قابل لإثبات العكس ، فيجيز للمتبوع غير الخطأ (أنظر في هذا المعنى التفتيش الألمانى م ٨٣١ والتفتيش الاتريبات السويسرى م ٥٥٠ والتفتيش الصينى م ١٨٨ . ويصل التفتيش النمساوى م ١٣٨٥ إلى حد أن يجعل المفروض مطالباً بإثبات الخطأ في جانب المتبوع) . ويمكن القول إن التفتيش الجرمانية أكثر تساهلاً في مسئولية المتبوع من التفتيش اللاتينية ، فهذه لا تميز للمتبوع حتى أن ينشئ علاقة السببية (أنظر التفتيش الفرنسى م ١٣٨٤ بقرة ثالثة - المدعوى الفرنسى الإبطال م ٧٩ - التفتيش المصرى القديم م ١٠٥٢/١٠٥٢ - التفتيش المصرى الجديد م ١٧٤ - تفتيش كوبيك م ١٠٥٤ بقرة ٧ - وعلى هذا الوجه سار التفتيش البولونى م ١٤٤) .

(٢) أنظر آخراً بقرة ٦٧٩ في آخرها .

(٣) قضت محكمة النقض بأن القاصر يسأل في ملكه عن خطأ خاضه عملاً ببلادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا يجعل عنه وصيه هذه المسئولية (هذه مدنى في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمحكمة عمر ٢ رقم ٥ س ٨) . وقضت أيضاً بأن المدة ١٥٦ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بمسئولية مطلقة على أنه « يلزم اليد بصرف الضرر الناشئ » تنبى عن أعمال خضه من كان واحداً منهم في حال تأدية وظائفهم ، فقد أوضحت أنه لا يخفى ثبوت أى تعذر أو إهمال من جانب المتبوع حتى يلزم بالتعويض ، بل يكفي لتطبيقه أن يكون الخطأ المتبع للضرر قد وقع من التابع =

٦٩٥- تحمل التبعة : قال بهذا الرأي الفقهاء الذين يحملون مسؤولية المتبوع مسؤولية ذاتية ، دون أن يقيموها على الخطأ (١) . فإدام المتبوع مسئولاً مسؤولية ذاتية ، وما دام لا يفترض خطأ في جانبه ، فلا يبقى إلا أن يقال إن المتبوع يفتع بنشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، والغرم بالغرم . وهذا الرأي فيه مزيان يتجنب بهما الميئين اللذين لاحظناهما على الرأي الذى يقول بالخطأ المفترض . فهو أولاً لا يميز للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، إذ المسؤولية المبينة على تحمل التبعة لا ترتفع بهذه الاستعانة ، بل يبقى المتبوع مسئولاً لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط . وهو ثانياً يجعل المتبوع مسئولاً حتى لو كان غير مميز ، فغير المميز إذا لم يميز قيام مسؤوليته على الخطأ جاز قيامها على تحمل التبعة . ولكن هذا الرأي يؤخذ عليه هو أيضاً أنه يؤدي إلى تقيجين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولاً) لو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، فم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعة نشاط تابعه ، لا تبعة

أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع . وإذن فيصح بناء على هذه المادة مساعدة القاصر عن تمريض القصر الذى ينشأ عن أفعال خدمة الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لقصرته لا يصور أى خطأ في حقه ، إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكونت للأدراك والتمييز حساب ، وإنما هي عن فعل وقع من خاصه أثناء تأدية أعماله في خدمته (مختصر جرائد في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المجلد ٢٢ رقم ٩٥ ص ٢١٢) .

أما ما ورد في الأعمال التصيرية ، وسبقت الإشارة إليه ، من أنه عندما أثبتت مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز في لجنة المراجعة ، فواجب بأنه ما دامت المسؤولية مبينة على خطأ مفترض فلا يصور افتراض الخطأ في جانب غير المميز (مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٤١٥) ، فلا يعتبر ضميراً صحيحاً لأحكام القانون المدنى الجديد في هذه المسألة .

(١) جوسران ٢ فترة ٥١٣ - ديجوع ٥ فترة ٨٨٢ - سلفاتيه ١ فترة ٢٨٤ وما بعدها - دالان (Dallant) في تعليقه في دافور ١٩٣١ - ١ - ١٧١ - بلانيول في المجلة لاتحادية سنة ١٩٠٩ .

وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ .

خطئه ! فكل نشاط من التابع يصيب الغير بالضرر ، سواء انطوى هذا النشاط على خطأ أو كان مجرداً من أى خطأ ، كان ينبغي أن يحقق مسئولية المتبوع تطبيقاً لمبدأ تحمل التبعة ، ما دامت هذه المسئولية تقوم على هذا المبدأ . بل إن نشاط التابع الذى لا ينطوى على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينضج به المتبوع ، فهو أولى بالتحمل . ونحن قد رأينا أن الأمر على التقيض من ذلك ، وأن مسئولية المتبوع لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من التابع .

(ثانياً) ولو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، وتحققت هذه المسئولية فوق المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لا جاز للمتبوع أن يرجع على التابع ، فالمتبوع إنما يتحمل تبعه نشاط يفيد منه ، فيكون قد أخذ مقابلاً لما أعطى ، فقيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا سرى ، على التقيض من ذلك ، أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انعقد عليه إجماع الفقهاء والقضاء .

ونرى من ذلك أن مبدأ تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسئولية المتبوع ، بما تقتضيه هذه المسئولية من خطأ يقع من التابع ، وبما ترتبه في العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع .

والحق أن مسئولية المتبوع ليست مسئولية ذاتية. كما سبق القول ، فهي لا تقوم على خطأ يفترض في جانب المتبوع ، ولا تستند إلى تبعه يجب عليه أن يتحملها . وإنما هي مسئولية عن الغير ، المتبوع فيها لا خطأ في جانبه ، ولكنه يتحمل جريرة تابه لا تبعه نشاطه . وننقل الآن إلى الآراء التى تتوخى هذا النظر .

٦٩٩- مسئولية عن الغير - الفصله والنيابة والمأول: فالمتبوع إذن

مستول عن التابع مسئولية الشخص عن غيره . ويبقى أن نحدد على أى أساس تقوم هذه المسئولية .

يقيمها بعض الفقهاء على أساس الضمان (١) . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بالضرر ، ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه

(١) أنظر في هذا المعنى ريب في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية قرة ١٢٦ - يسون في تعليقه في دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ١٢ - شوفر قرة ٢٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك في مسئولية المتبوع عن فعل تابه، رسالة باللغة الفرنسية سنة ١٩٢٩ ص ٨٤ وما بعدها .

التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز ، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول ، فأصبح هذا مسئولاً كذلك .
واعتبار مسئولية المتبوع مسئولية عن الغير - على أى وجه فسرت هذه المسئولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان - يجعل المتبوع مسئولاً عن تابعه ، ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، فالزامه الزام بتحقيق غاية لا التزام يبدل عناية . وهذا الاعتبار يميز أيضاً استبقاء مسئولية المتبوع حتى لو كان غير مميز : فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلاً . وبذلك نتجنب التمييز بين الذين كانا السبب في نيل فكرة الخطأ المفترض .

٦٩٢- **الافتقار على المعوق فيما بين المتبوع والمضروب: وميزة أخرى**
لتكليف مسئولية المتبوع على أنها مسئولية عن الغير ، هي أن هذا التكليف يفسر وجوب الاقتصاد على العلاقة فيما بين المتبوع والمضروب . فالمتبوع مسئول عن تابعه لئلا المضروب . وفي حدود هذه العلاقة دون غيرها - علاقة المتبوع بالمضروب - يقوم هذا التكليف .

فلا يقوم في العلاقة ما بين المتبوع والتابع . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التابع أن يمتنع بفكرة الضمان مثلاً على المتبوع عند رجوع هذا عليه كما سئى . ولكن ليس هناك ما يمنع المضروب ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعاً لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يؤدي وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول لئلا الموظف الآخر ، ولو أن الموظفين تابعان لما جميعاً . وهذا ما يدعى في القانون الإنجليزي باسم الحملة المشتركة (common employment) ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

٦٩٣- **امتناع مسئولية المتبوع مع مسئولية من نوع آخر:** وقد يكون

== قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التي مختصاً بناء على المادة ١٠١ من القانون المدني (القديم) أن الذى يلزم بالتبويض هو عمد الضرر . وهذا الاستثناء - على كثرة ما قيل في صدره نبينه - أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يتبرأ شخصاً واحداً . (نفس مدني في ١١ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة محرم ٣ رقم ١٠٦ من ١٩٦) .

التبوع مسئولاً كمتبوع ومسئولاً على وجه آخر في وقت واحد . فصاحب السيارة إذا استخدم سائقاً ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر ، أمكن اعتباره مسئولاً كمتبوع وتابعه هو السائق . وأمكن كذلك اعتباره حارس السيارة إذا لم تكن الحراسة للسائق ، فيكون مسئولاً بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . والمضروب وشأنه في اختيار أحد الاعتبارين والرجوع على صاحب السيارة بمقتضاه . وقد يختار اعتبار صاحب السيارة حارساً لا متبوعاً ، حتى يعفى نفسه من إثبات الخطأ في جانب السائق .

٢٤- قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٦٩٤- فبما بين المتبوع والمضروب : رأينا أن مسئولية المتبوع إنما تستند إلى مسئولية التابع استناد التبعية إلى الأصل . فمسئولية التابع - وقد ثبتت في جانبه الخطأ والضرر وعلاقة التبعية أى أركان المسئولية جميعاً - تقوم إذئذ في جانب مسئولية المتبوع ، بل هي الأصل كما قلنا .

وينبغي على ذلك أن المضروب يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، والاثنان متضامتان أمامه . وقد يكون للتابع شريك في الخطأ ، فيصح للمضروب أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعاً متضامتين . بل يصح له في هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع وشريكه . ويجوز للمضروب أيضاً أن يرجع على المتبوع والتابع ، أو على المتبوع وشريك التابع ، أو على التابع وشريكه . فهو حر في أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسؤولين الثلاثة . واحداً أو أكثر ، ويطلب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامون (١) .

(١) وقد قضت محكمة استندرية الكلية الوطنية بأنه إذا وقعت جريمة من خادم بإشتراك مع آخر ، كان الخدمون مسئولاً أمام المحق عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء ردت الدعوى عليه بجزءه أو ردت عليه مع خادمه أو عليه مع شريك خادمه أو عليهم جميعاً بالتضامن (استندرية الكلية الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المجلد ١٣ رقم ٤٤٣ ص ٩٠٣) .

٦٩٥- فيما بين المتبرع والتابع : فإذا رجع المضرور على التابع دون

المتبرع وقف الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبرع دون التابع ، فلم يتبرع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول معه . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ من القانون المدني الجديد إذ تقول : «المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر» (١) . وقد سبق ذكر هذا النص عند الكلام في مسئولية متولى الرقابة ، وبيننا هناك أن المسئول عن عمل الغير هو «تولى الرقابة والمتبرع» (٢) ، وأن المتبرع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هي حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص . على أن المتبرع قد لا يرجع على التابع إلا ببعض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك إذا اشترك مع التابع في الخطأ ، فيقسم التعويض بينهما في علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التي قررناها عند تعدد المسئولين . وهذه هي حدود أخرى لمسئولية الغير عن تعويض الضرر ، وهي حدود تتعلق بمسئولية التابع نحو المتبرع ، وتضاف إلى الحدود التي تقدم ذكرها متعلقة بمسئولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة . ولا بد ، في العلاقة ما بين المتبرع والتابع ، أن يثبت التابع أن المتبرع اشترك معه في الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ، ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبرع بالمسئولية المفترضة ، فإن هذه لا يحتج بها على المتبرع إلا المضرور كما سبق القول (٣) .

(١) أنظر تاريخ النص آخراً (مادة ٦٧٤ في الملتقى) .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسئولية المتبرع هي وحدها التي تسكن مسئولية عن الغير ، أما مسئولية متولى الرقابة فهي مسئولية ذاتية تنتهي إلى أن تكون مسئولية عن الغير . فهي إذن إجماع مسئولية ذاتية ، وانتهاء مسئولية عن الغير . أما مسئولية المتبرع فتسكن عن الغير إجماع وانتهاء .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا الذي بأن القانون يعتبر المضمون مسئولاً عن الفعل الصادر الذي يقع من خدمه أثناء خدمته ، وهذا الاعتبار مبني مجرد افتراض قانوني في حق المضمون لا يحقق إلا بالنسبة لمن وقع عليه الضرر ، ولا يمكن أن يستفيد منه الخادم إلا إذا أحم أهمل دليل على وقوع خطأ من جانب مضمومه أيضاً . فلذا كان المضمون لم يقع منه أى خطأ ، فإنه يحق له أن يطلب تعويض خدمه هو والتهين منه ما ألزم بقضه الدعي بالمعوق المدنية تقييداً للحكم =

ويقع كما قلنا أن يرجع الضرر على المتبوع دون التابع ، لأن الأول يكون عادة هو المله ، في هذه الحالة يجوز للمتبع أن يدخل التابع ضمناً في الدعوى ليحكم عليه بما عصى أن يحكم به على المتبوع . بل يجوز للمتبع ، والدعوى مرفوعة من الضرر عليه هو والتابع معاً ، أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للضرر (١) .

ويثبت الضرر عادة الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسؤولية المتبع كما قلنا ، فيستفيد المتبع من ذلك ولا يعود في حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه . ولكن قد يقع أن يكون التابع مسئولاً نحو الضرر بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، كأن يكون مطلقاً مسئولاً عن تلميذ ولم يستطيع نفي الخطأ المفترض ، أو يكون سائق سيارة احتفظ بحراسها فصار مسئولاً نحو الضرر بمقتضى خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، في هذه الحالة لا يحتاج الضرر إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض . فهل يستفيد المتبع هنا أيضاً من الخطأ المفترض في جانب التابع عند رجوعه عليه ؟ ليس له ذلك ، بل عليه إذا أراد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه ولا يكتفى بالخطأ المفترض في جانبه ، لأن هذا الخطأ المفترض ، في الحالة التي نحن بصددنا ، إنما يقوم في العلاقة ما بين التابع والضرر ، لا في العلاقة ما بين التابع والمتبوع .

الصادر بالتضامن معهم لأن هذا التضامن لم يفرده القانون إلا لصلصة من وقع عليه الضرر . وأن تقدير حصة كل من اشتركوا في إحداث الضرر يجب بحسب الأصل أن يكون المتساوية مبلغ جرامة الخطأ الذي ساءم به فيما أساب الضرر من الضرر إذا كانت وقائع الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأسس . أما إذا كان ذلك متعسماً ، فإنه لا يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المسئولين مسئولين بالتساوي عن الضرر الذي تسببوا به (عش جاني في ١٩ مايو سنة ١٩٤١ المحللة ٢٢ رقم ٧٩ ص ٢٣٧) .

(١) أنظر الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٤ ص ٢١٤ - وقد أشار إلى حكم في هذا الذي له كفة القرض قضت فيه « بأنه إذا ردت دعوى تعويض على متهم مما أحدثته من أضرار لعملي بالحق المدعى وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع المتهم لأنه من رجلها وهي مسئولة عن ضل رجالها ومتفانة منهم في تعويض كل ضرر يحدث منهم أثناء تأدية وظائفهم ، فالحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى المتهم في حقه الحكم للمدعين بالتعويض . فلما قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها ساجدة لأولها ، كان فصلهما بفلك خلافاً في تطبيق القانون ، ويتبين منه » . (عش جاني في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر الأحكام القضاة الثانية ٣ رقم ٤٧٥ ص ١٠٤) .

الفرع الثاني

للمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٩٦- ملاحظة مكررة : يند أن فصلنا حالي المسئولية عن عمل الغير ،
 ينقل إلى حالات المسئولية الناشئة عن الأشياء ، الحى منها وغير الحى . فلك
 أن الشخص يسأل عما هو فى حراسته فى حالات ثلاث :
 الأولى - مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر .
 والثانية - مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهيار البناء من ضرر .
 والثالثة - مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب
 حراستها عناية خاصة عما يحدثه هذه الأشياء من ضرر .
 وتنظم هذه الحالات الثلاث فكرة الخطأ فى الحراسة (faute dans la garde).
 فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ ، والحارس مسئول عن خطئه فى
 الحراسة . والخطأ فى الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشيء يخلت
 من يده .

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان (*)

٦٩٧- النصوص القانونية : كان القانون الفرنى القديم ينص فى
 المادتين ٢١٥/١٥٣ على ما يأتى :

(*) ينس الرابع : ملزو ٢ قرة ١٠٧١ - قرة ١١٣٧ - بلانيول ورييه وإسمان ١
 قرة ٥٩٧ - قرة ٦٠٦ - بلانيول ورييه ويولانييه ٢ قرة ١٠٥٨ وقرة ١٠٦٣ -
 قرة ١٠٨٣ - كولان وكاجين ولامورانشير ٢ قرة ٣٥٧ - قرة ٣٦١ -
 جوسران ٢ قرة ٥١٥ - قرة ٥٢٣ - الوزير للوظف قرة ٣٥٥ - قرة ٣٥٨ -
 الأستاذ مصطفي مرعى بك فى المسئولية المدنية قرة ٢٣٥ - قرة ٢٥٤ - الدكتور
 حشمت أبوسيت بك قرة ٥١١ - قرة ٥١٥ - الدكتور سليمان مرعى فى الفصل
 القرار قرة ١٠٢ - قرة ١٠٦ .

« وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور ، سواء كان في حيازته أو تسرب منه » .
وقد نقل القانون المدني الجديد هذا الحكم دون تعديل إلا في الصياغة ، فنصت المادة ١٧٦ من هذا القانون على ما يأتي :

« حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يده فيه (١) » .

والنص الجديد أكثر وضوحاً من النص القديم ، وأوسع إحاطة بأحكام المسؤولية التي نحن بصددھا (٢) ، ولكنه لم يستحدث حكماً جديداً كما قلنا .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يده فيه » . وأقرت لجنة الدراسة هذا النص تحت رقم المادة ١٨٠ من المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن عبارة « حارس الحيوان » قد تفتت بالممارسة بالنسبة للجمهور ، وقد يخرج عنها اللبس ، فقررت أن تكون صيغة المادة كما يأتي : « حارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له ، فأضاف عبارة « ولو لم يكن مالكاً له » بد عبارة « حارس الحيوان » ليعبر أن اصطلاح حارس الحيوان لا يفتي اعتبار اللبس حارساً لأن توافقت الشروط المقررة في هذا الشأن . وقد اقترح على اللجنة الاستعانة عن اصطلاح « الحارس » بمصطلح « المتضرر » ، فلم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن صير « حارس الحيوان » قد يتسم ظلاله لصور أخرى لا تندرج تحت الصور المقترحة ، وقد استعمل القفه في عصر اصطلاح الممارسة في هذا الشأن يوصفه مرادفاً لصير (garde) في اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا الصير معروفة وهي مرة ، ومن غير الرغبة فيه حصرها في حدود صور مخصوصها ، وصير المشروع مع هذا الإيضاح لا يعمل لل لبس ولا يجيد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٤٢٣ - ص ٤٢٨) .

(٢) وقد جاء في للذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تفصيل نص القانون الجديد ما يأتي : « ينبر هذا النص مقتضا على تظلمه في نصوص القنين العصري الحالي (القديم) من ناحيتين : (١) فلاحظ من ناحية أنه نوه صراحة بفكرة الممارسة ، وجعل حارس الحيوان مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذه الفكرة لا تستلزم إلا اختصار من دالة عبارة المادة ٢١٥/١٥٣ إذ تنص على إلزام « مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور » . وقد جهد القفه الحديث في تحليل فكرة الممارسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرباك أو التهاوت . فهو يفرق على الأخص بين الممارسة اللعبة والممارسة القانونية . والفاينة دون الأولى هي التي ينب عليها المسؤولية ، وعلى هذا النحو بمآل ملك الحيوان متى كانت له

ونبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان

٦٩٨- شرطه التحقق المسئولية: تتحقق هذه المسئولية إذا تولى شخص حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضرراً للغير . فنتأكد يكون حارس الحيوان مسئولاً عن هذا الضرر .

تتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) تولى شخص حراسة حيوان (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير .

الحراسة القانونية عما يحدثها الحيوان من ضرر للرائى متى استخدمه لتأنيبه . وقد عيى التقنين البنى بالنس على هذا المحكم فى عبارة صريحة ، قضى فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن « تلك المسئولية ترتب ، ولو كان الحارس المضروب قد ارتبط من قبل بقدر من الضود ، كإجبار الأضغان مثلاً ، ما لم ينس على خلاف ذلك » . ويراعى أن الحراسة القانونية تظل قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب . (ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ القدرى ، وجعل منها أساساً لمسئولية حارس الحيوان . وقد جرى القضاء المصرى على اتباع هذا الرأى ، رغم أن المادة ١٠٣/٢١٥ من التقنين المصرى لم تذكر شيئاً فى هذا الشأن . وقد وقعت التقنينات الأجنبية من فكرة اقتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة القرينة التى تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس . فبعض هذه التقنينات يبيح لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه التزم المصلحة الواجبة لئنه من الإضرار أو لواجبه (للمادة ٨٦/٩٤ من التقنين التونسى وللراكمى ، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالى ، والمادة ٨٣٤ من التقنين الألمانى ، والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوى للعدل ، والمادة ٥٦ من تهيئة الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٥٢٧ من التقنين البيلجى ، والمادة ١٩٠ من التقنين الصينى) . وبعضها لا يبيح إلا إثبات السبب الأجنبى (المادة ٨١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ١٢٩ من التقنين البنى ، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسبانى) ، وهذا هو ما اختاره القضاء المصرى والقضاء الفرنسى . وبموجب التقنين البولونى حين الرأى ، فيكتفى من حارس الحيوان بإقامة الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه أو من أحد ممن يسأل عنهم (١٤٨ م) ومع ذلك فهو يميز للحكمة رغم قيام هذا الدليل أن تزم ملك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أو بصفه إذا اتخذت التدابير لمراعاة الظروف وبما الضرر وملك الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص (المادة ١٤٩ فى طرفها الأخيرة) . ولم يبع المشروع إلا إثبات السبب الأجنبى القضاء بما جرى عليه القضاء المصرى فى هذا الشأن (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ٤٢٤ - من ٤٢٥) .

١٥ - حراسة الحيوان

٦٩٩- **تحليل هذا الشرط** : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان . فنيين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «الحيوان» .

٧٠٠- **الحراسة (la garde)** : قلنا أن الخطأ في الحراسة هي أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده . فحارس الحيوان إذن هو من في يده زمام الحيوان . فتكون له السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رقابته . ويكون هو المتصرف في أمره . سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية . ما دامت سيطرة فعلية قائمة . فليس حارس الحيوان هو ضرورة مالكه . فقد ينتقل زمام الحيوان - السيطرة الفعلية في توجيهه وفي رقابته وفي التصرف في أمره - من يده إلى يد غيره . فيصبح هذا الغير هو الحارس . وليس الحارس هو ضرورة المتضع بالحيوان إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية في توجيه الحيوان وفي رقابته . وليس الحارس هو من يعرف عيوب الحيوان ويتركه مع ذلك يضر بالناس . ما دام لا يملك التصرف في أمره وليست له سيطرة فعلية عليه في توجيهه وفي رقابته . وليس الحارس هو من يكون الحيوان في حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه في توجيهه والرقابة ، فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعى ولا السائق ولا الخادم ولا السائق (١) .

(١) ويجب أيضاً أن نتبع معيارين ، أحدهما قال به الأستاذان ملازو ثم عدلا عن قولهما ، والآخر قالت به محكمة النقض الفرنسية .

فقد كان الأستاذان ملازو يميزان بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique) ، فيجعلان الحراسة القانونية ، وهي حق يعطيه القانون للشخص في السيطرة على الشيء ، هي التي تنزب عليها المسؤولية . وقد عدلا عن هذا الرأي على أثر حكم محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المخصصة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (سيرة ١٩٤١ - ١ - ٢١٧) . وانظر ملازو ٢ فقرة ١٠٨٧ وقررة ١١٥٩ ، وأخذ الأستاذان بمقياس السيطرة الفعلية في التوجيه والرقابة .

أما محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المخصصة فقد قضت في الحكم الذي أشرنا إليه بأن حارس الشيء هو من يستعمل الشيء بنفسه أو بواسطة تابع له الاستعمال الذي يلائم ممارسة = (celui qui, par lui-même ou par son préposé, en fait l'usage que

فيجب إذن أن تقف عند المعيار الذي قلّمناه ، وأن نعتبر حارس الحيوان هو من بيده زمامه ، فيملك السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف في أمره . ونص القانون المنقّح الجديد يتفق مع هذا المعيار ، فقد وأينا المادة ١٧٦ تنص على أن وحارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر (١) .

وإذا أردنا أن نطبق معيار السيطرة الفعلية تطبيقاً عملياً أمكن أن نفرصه على الوجه الآتي :

مالك الحيوان هو في الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه ، وهو الذي يملك زمامه في يده ، فله التوجيه والرقابة ، وهو المتصرف في أمره . ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلاً مالكه . فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس ، وإذا رجع الضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس ، بل المالك هو الذي عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الحيوان وقت إحداثه الضرر . وإذا أثبت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل أو تسرب ، كان هذا خطأ في الحراسة (faute dans la garde) ، ويكون مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : وحارس الحيوان ، ولو لم يكن

comporte l'exercice de sa profession) وهذا المعيار أرادت محكمة النقض أن تنزل فيه عند التمييز الذي استعمله القانون المدني الفرنسي في المادة ١٢٨٥ ، إذ أن هذا النص يجعل المسئول هو مالك الحيوان أو من يستعمله (le propriétaire ou celui qui s'en sert) ، وقصدت به أن توفّق بين عبارة القانون الفرنسي والتحليل الصحيح لمعنى الحراسة . ولكن يؤخذ عليه أنه إذا كان من يستعمل الحيوان الاستعمال الذي يلزم بممارسة مهنة تكون له في الناب السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وقرائنه فيتفق الميار ، إلا أن هذا ليس ضرورة لازمة ، فقد تكون السيطرة الفعلية على الحيوان في يد غير اليد التي تستعمل الاستعمال اللأزم للمهنة .

(١) وقد جاء في مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يؤيد هذا الضمير ، فقول : « إن التعديلات الحديثة تستعمل هذا الاصطلاح (الحراسة) في هذا المقام ، وقد استقر في لغة الفقه القانوني الحديث الذي جهد في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرباع أو التهاوت ، فقد كان يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، والثانية دون الأولى هي التي تنبئ عليها المسئولية ، ولكن التطور اتجه إلى الاحتداد بالسيطرة الفعلية ، وعلى هذا التحصيل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر لرائض التي استخدمته لغاية به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٦) .

مالكاً له ، مسئول عما يحدث الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب .
ومن باب أولى إذا ترك الحارس الحيوان في الطريق دون رقيب ، كان
مسئولاً عما يحدث من ضرر .

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد أخرى ، فإن كان قد انتقل رغم
إرادة المالك أو دون علمه ، كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان ، أو إلى
تابع للمالك استولى على الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية ، فإن السيطرة
الفعلية على الحيوان تنتقل في هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير ، ويصبح
السارق أو التابع الذي استولى على الحيوان لنفسه الخاص هو الحارس ، ويكون
هو المسئول عما يحدث الحيوان من ضرر . ومن ثمّ تتيقن أنه ليس من الضروري
أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون ، ففي المثلين
الذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع مسيطر على الحيوان سيطرة
غير مشروعة .

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك ، وكان
الغير تابعاً للمالك كالمسافر والسائق والخدام والراعي ، فالأصل أن انتقال
الحيوان إلى يد التابع لا ينتقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ الغالب
أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه .
فبقي المالك في هذه الحالة هو الحارس . ولكن لا شيء يمنع في بعض الحالات
من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع ، كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه
لخيال (jockey) يجرى به في السباق ، فإن الخيال في هذه الحالة من وقت أن
أمسك بزمام الحصان وبدأ يجرى به في السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية
على الحصان وأصبح هو الحارس ، فيكون مسئولاً مسئولية الحارس ،
ويكون المالك مسئولاً مسئولية المتبوع .

وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص غير التابع ينتفع به كالمستأجر أو
المستجير ، انتقلت في الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية
على الحيوان ، إذ هو في سبيل الانتفاع به يملك زمامه في يده وله حق التصرف
في أمره ، ومن ثمّ يكون هو الحارس . فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع
لا لينتفع به بل للمحافظة عليه أو لمعالجه ، كصاحب الاصطبل وصاحب

التفتق والطيب الطبرى ، فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفعلية تنتقل إلى هذا الشخص ، ويكون هو الحارس . ولكن قد يستبقى المالك في هذه الحالة السيطرة الفعلية على الحيوان في أثناء الوديعة أو وقت العلاج ، فيبقى هو الحارس (١) .

٧٠١ - المجرى : أى نوع من الحيوان ، مستأنساً كان أو متوحشاً ، كبيراً أو صغيراً ، خطراً أو غير خطير ، يكون حارسه مسئولاً عنه . فالذئاب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال وحمر وجمال ومواش ، والحيوانات الأليفة من كلاب وقطط وقرود ، والنواجذ والطير ، وما عسى أن يمتلك الشخص من حيوانات مفترسة كالسباع والفور والثيلة وغيرها ، كل هذا يكون حارسه مسئولاً عنه . وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص ،

(١) أنظر في هذا الذى ملزموه ٢ قررة ١١٠٤ - قررة ١١٠٨ - ورى الأستاذ مصطفى مرعى بك أن الذى ينتقل إليه الحراسة هو الذى يتسلم الحيوان بقصد الانطباع به ، لأنه وهو يرضع به يحيط بحمائه وطياته ، أما من يجوز الحيوان بحكم صناعته التى تجبره على تلقى كل حيوان يرد إليه ، كالأرامل والبطار والطيب الطبرى وشركات الثقل ، فلا تنتقل إليه الحراسة (المشولة للجنة قررة ٢٤٥) .

ولقد تمت عمكة الاستئناف المخطئة بأن المسئول عن الحيوان هو حارسه لا مالكه (استئناف مخطئ في ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ من ٢٣٩) . فلا يصبح للمالك مسئولاً من سلم الحيوان إلى شخص آخر يرضع به ويستغنى لمصلحته فانتقلت إليه الحراسة ، وللك هو الذى يكون مسئولاً (استئناف مخطئ في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ١٨٧) . ولا يكون للمالك مسئولاً إلا إذا ارتكب خطأ بأن سلم الحيوان إلى شخص غير قادر على حراسته (الحكم السابق) . ولكن مالك الحيوان يكون مسئولاً عن خطأ تابعه كالتالى (استئناف مخطئ في أول يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٣٦٤) .

وتمت عمكة الاستئناف الرطبة بأه إذا علم شخص خيله بركة آخر وركبوه وصديق له ، ووكل إلى الصديق القيادة في مكان مزدحم ، كان صاحب الخيل هو المسئول ، وبخاصة إذا كان صديقه يهود تحت إشرافه نصف بصره ولم يسمع معرفته بلباع هذه الخيل (استئناف وطني في ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ المبيعة الرسمية ٥ رقم ٢٧ من ٦٠) .

وتمت عمكة الإكسكندرية الكلية المخطئة بأه إذا وقع الضرر من واحد بين حيوانات متعددة ، ولم يهرب على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر ، كان جميع الأعطاش الذين وجدت الحيوانات في حراستهم متضامين في المشولة . فإذا ترك صاحب الكلاب كلبه طليقاً في الطريق البلى ، فانتخط بكلاب أخرى ، وأصيب لم من هذه الكلاب ، ولم يهرب أى كلب عنه ، فأصيب الكلاب جيداً مسئولون بالتضامن (عمكة الإكسكندرية الكلية المخطئة في ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٥ رقم ٣٠ من ٦٦) .

كلواشى الملحة بأرض زراعية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون حاربها مسئولاً عنها ، ولا عبرة بأنها تعد عقلاً .

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة . فبعض الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حى لا حيواناً ، والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شيء غير حى لا عن حيوان ، فلا تتحقق وفقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدني الجديد إلا إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة . والعلير الذى لا مالك له لا يسأل شخص عما يحدثه من التلف إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . والجراد إذا أصاب زرعاً فالتلف لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت أنه آثار الجراد بخطئه .

٢٤ - إحداث الحيوان ضرراً للغير

٧٠٢- تمثيل هذا الشرط : حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، يلزم أن يكون هذا الحيوان قد أحدث ضرراً للغير . فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (*fait de l'animal*) ، ويكون هناك أمران تتكلم فيما :
(١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذى يحدثه .

٧٠٣- فعل الحيوان : يجب أن يكون الحيوان هو الذى أحدث الضرر ، أى أن يكون قد أتى عملاً إيجابياً كان هو السبب في الضرر . أما إذا كان الضرر قد حدث دون أن يكون الحيوان دور إيجابى ، كما إذا ارتطم شخص بحجم حيوان حى فجرح ، أو سقطت جرة حيوان ميت على إنسان فأصابته بالضرر ، فإن الضرر لا يكون في هذه الحالة من فعل الحيوان ، إذ لم يكن للحيوان في ذلك إلا دور سلبى .

وإذا كنا نطلب أن يقوم الحيوان بدور إيجابى في إحداث الضرر ، فليس هنا معناه أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالاً مادياً بالحجم الذى ألحق به الضرر ، بل يكفى أن يكون هو السبب الإيجابى لإحداثه . فلو خرج حيوان مفترس في حراسة شخص فجأة إلى الطريق العام ، فأصاب الذعر أحد المارة وسقط فجرح دون أن يمس الحيوان ، فهذا الضرر يعتبر من فعل

الحيوان

وهناك فروض يكون فيها قد اشترك مع الحيوان عامل آخر في إحداث الضرر ، كما إذا كان للكسب المباشر في الإصابة هي المركبة التي يقودها الحيوان . فإذا كان الحيوان هو العامل المتغلب كما هو الراجح ، فإن الإصابة تعتبر من فعله . ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند إحداث الإصابة يقوده إنسان أو يمتطيه ، فهل تعتبر الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان أو من فعل الحيوان ؟ ولا شك في أن القول برأى من هذين الرأيين ترتب عليه أهمية عملية كبيرة . إذ لو اعتبرت الإصابة من فعل الإنسان ، فلا يفترض الخطأ ، بل يكلف المدعى إثباته طبقاً للقواعد العامة . وإذا اعتبرت الإصابة من فعل الحيوان ، كان هناك خطأ مفترض في جانب الحارس ، ولا يكلف المدعى إثبات هذا الخطأ . وقد سار القضاء الفرنسي مدة طويلة على اعتبار أن الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان (١) . وتابع القضاء المصري القضاء الفرنسي في ذلك (٢) . ثم عدل القضاء الفرنسي عن هذا الرأي ، واعتبر أن الإصابة قد حدثت من فعل الحيوان (٣) . وهذا هو الرأي الصحيح ، لأن راكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان قد تسببها . فإن اعترف بذلك ، وهذا غير محتمل ، كان الخطأ ثابتاً في جانبه . وإلا فإن الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يده ، وتكون الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان (٤) .

٧٠٤ - الضرر الذي يحمده الحيوان: أي ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه مسئولاً عنه . فإذا دهس حيوان شخصاً فجرحه أو قتله ، وإذا ألتف الحيوان مالا مملوكاً للغير ولو كان هذا المالك حيواناً مثله ، وإذا عض كلب شخصاً فأحدث

-
- (١) قس فرنسي في ٦ مايو سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٢ - ١ - ٢٨٦ - وحكم آخر في ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٩٥ .
 (٢) استئناف مخطوط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨٠٨ س ٨٣ .
 (٣) قس فرنسي في ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ١٧٧ - وحكم آخر في ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ سيرة ١٩٣١ - ١ - ١٧١ .
 (٤) مزو ٢ قرة ١١٧٢ .

به ضرراً (١) ، وإذا اتفق مرض معد من حيوان مريض ، فكل هذه تعبير
أضراراً يكون حارس الحيوان مسئولاً عنها .

والضرر الذي يحدثه الحيوان قد يقع على الغير كما هو الحال ، وقد يقع
على الحارس نفسه ، وقد يقع على المالك إذا لم يكن هو الحارس ، وقد
يقع على الحيوان ذاته أي أن الحيوان يصيب نفسه بالضرر .

لذا أوقع الحيوان الضرر بالغير ، جاز للغير أن يرجع بالتعويض على
الحارس بالخطأ المقتضى . وهذه هي الصورة المألوفة في المسؤولية عن الحيوان .
ويعتبر في حكم الغير تابع المالك إذا لم تنقل إليه الحراسة . لذا ألحق
الحيوان ضرراً بسانه أو بساقه ، قد تقدم أن المالك في هذه الحالة يعتبر
في الأصل أنه هو الحارس ، ويكون مسئولاً تجاه السائق أو السائق بالخطأ
المقتضى (٢) . وإذا كانت هناك علاقة عقدية ما بين حارس الحيوان والضرر ،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا أصيب سبب إنسان ، ولم يمكن السبب
موضوعاً في يد بل ترك طليقاً في المديعة مع أنه سبب خطر ، فإن صاحب السبب مسئول حتى
لو كان الضرر بهلم أن السبب خطر (استئناف مخطوط في ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢
س ٤٠٢) .

(٢) وقد قضت في هذا الشأن محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا أصيب «عربي» في أثناء
خمنته بمجرح يبلغ من حسن خدمته ، وكان ملاكاً يبيع الحصان ولكنه كان يخطئ لنفسه ،
فإن السبب ملزم بالتعويض لو ترك سبباً على اللقطة ١٥٣ مدق (قديم) ، لأنه لم يثبت أن الضرر
الحاصل نشأ عن خطأ المخدم أو بالقضاء والضرر (استئناف وطني في ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢
المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ س ٢٧) . وقضت محكمة استئناف مصر القومية ، في مسؤولية
صاحب جمل عن جمل الجمل عندما كان يقدم له الطعام ، بأن القانون يقتضي حصول الخطأ أو
الإهمال من صاحب الحيوان ويمنح المني عليه من عبء الإثبات ، سواء كان المني عليه هو المالك
الذي يقود الحيوان أو أجنبياً عنه ، ولا يخلو هذا الافتراض القانوني قبل ملك الحيوان إثبات
عدم حصول خطأ أو إهمال منه ، بل يجب قلة أن يثبت أن الإساءة حصلت بسبب قهرى أو
بخطأ المني عليه . ولما كان ملك الحيوان لم يثبت أن الإساءة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المني
عليه ، إذ لا يكفي أن يستجيب خطأ المني عليه من ممدو طيعة الجمل وعدم اعتياده على الضرب وأنه
لا بد قلة أن يكون قد أساء إليه ، بل يجب أن يقوم الدليل على هذه الإساءة ، فإن افتراض الخطأ
يقع دائماً في جانب المالك (استئناف مصر القومية ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المخططة ٩ س ١٠٨٠) . وقضت
أيضاً في قضية مماثلة ، سلم فيها صاحب الجمل جمل إلى أبيه عنده فبادر بضرر الجمل الأجير ، بأنه يؤخذ
من نص لقطة ١٥٣ مدق أصل (قديم) أن الشارع جعل مسؤولية ملك الحيوان أو مستخدمه
في الأصل ، إلا إذا قام دليل على أن الضرر الذي أصاب الغير إنما أسابه بمادة قهرية =

كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله من مكان إلى آخر ، فاضر الحيوان بالمستأجر ، فإن صاحب الحيوان في هذه الحالة يكون مسئولاً مسؤولية عقدية لا مسئولية تصديرية ، لأنه التزم في عقد النقل بضمان سلامة الراكب . وإذا أحدث الحيوان ضرراً بمحيوان آخر ، فإلك الحيوان المضرور يرجع على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير (١) .

سأول إعمال هو ، وقتئذ ، يتخذ من هذه المسئولية للفرض ليس فقط النفس الأجنبي عن المالك ، بل يتخذ منها أيضاً الأخطى الذين يملكون في خدمة المالك إذا كانهم المالك المذكور بأن يمتثلوا الحيوان أو يتوا به أو يقوموا بمخيمته (استئناف مصر الوطني ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ المحلة ١٢ رقم ٢٦١ من ٥٢٩ — انظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٨ من ٧٩) . وفرض محكمة استئناف أسبوط في هذا المعنى أيضاً بأن القانون في المادة ١٥٣ مدني (قديم) يفرض وقوع خطأ أو إهمال من مالك الحيوان الذي أحدث ضرراً بالغير ، ولما جله مسئولاً عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد ، والمصاب في غير حجة إلى إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من المالك لأن القانون افترض خطأه . ولما كان تستل للمصاب من تلقاء نفسه وهو عاقل عند صاحب الحيوان لمصلحة الغير من التناجر فيها دون الاستانة بصبأ لا يمد خطأ أو إهمال منه ، فإلك تكون المسئولية واقعة على المالك لأن خطأ المفترض قانوناً لم يرفع بخطأ المصاب (استئناف أسبوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ من ٨٠) .

أما إذا ثبت خطأ في جانب المصاب ، فإن هذا الخطأ قد ينفي علاقة السببية ما بين الضرر والخطأ المفترض في جانب السئول . وقد قضت محكمة طحا الاستئنافية بأنه إذا ثبت أن الجمل اتزع وطلب من الورد وعنى المادام المكلف بخدمة اللواشي ، وثبت أن المادام لم يتخذ الاحتياطات الضرورية في ذلك الفصل من السنة لأنه لم يكسب الجمل ، وأن الجمل لم يكن حيواناً خطراً متداً على النفس ، كان الضرر ليس إلا نتيجة إهمال المصاب وتبين رفض دعواه (طحا استئناف في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٠ من ٣٣٧) .

وإذا سلم صاحب الحيوان حيوانه إلى المستخدم ليتنضم به انضماماً شخصياً ، انتقلت الحراسة إلى المستخدم ، ولا يكون صاحب الحيوان مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان للمستخدم (استئناف مخطوط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩٨ من ١٨٧) .

ويذهب الأستاذ مصطفى مرعي بك إلى أن مالك الحيوان لا يكون مسئولاً تجاه خادمه المكلف بمراقبة الحيوان ، يحتضى خطأ مفترض ، بل يجب على المادام أن يثبت خطأ في جانب المالك ، كأن يكون المالك قد أخفى عن خادمه عيباً يله في الحيوان ، أو يكون المالك قد سلم الحيوان لخادم صغير لا تسمح له سنة بملاحظة الحيوان ، أو يكون المالك قد قصر في تجهيز الحيوان بالأدوات اللازمة لصدمه وكبح جماحه (المسئولية المدنية فقرة ٢٤١) .

(١) وإذا اتفق شخصان على أن يتركا مواشيهما في مكان واحد ، وأن ينفى كل منهما من مسئولية عن مواشيه ، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسئولية التصديرية ، فيكون بإعلاء ويعتبر كل منهما مسئولاً عن مواشيه قبل الآخر يحتضى خطأ مفترض .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه ، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقاً للقواعد العامة .
وإذا أوقع الحيوان الضرر بالمالك وكان غير الحارس ، فمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض ، ويعتبر غيراً في هذه الحالة .
وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته ، بأن احتق بجبل مثلاً ، وكان الحارس هو المالك ، هلك الحيوان على ماله . أما إذا كان الحارس غير المالك ، فلا يستطيع المالك في هذه الحالة أن يمتنع على الحارس بالخطأ المفترض ، فإن افترض الخطأ لا يقوم إلا لضرر أصاب الغير لا الحيوان ذاته . ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ في جانب الحارس ، فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذي للذي أثبت لا خطأ مفترض .

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان

٧٠٥- سألته: متى تحقت مسئولية حارس الحيوان على النحو الذي قدمناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما أسلفنا . ونبين الآن : (١) ما هو هذا الخطأ (٢) وإلى أي حد هو مفترض .

١٤- ما هو الخطأ

٧٠٦- خطأ في الحراسة : الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان هو خطأ في الحراسة (faute dans la garde) . وعلى هذا الخطأ قامت مسئولية الحارس ، فالخطأ إذن هو أساس المسئولية . ولا يمكن أن يقال إن أساس المسئولية هو تحمل التبعة (risque) ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي . والخطأ في الحراسة هو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس ، لأن هذا الإفلات هو الذي أحدث الضرر .

٧٠٧- ما الذي يتبعه الضرر : ولا يكلف الضرر إلا بإثبات الشروط

التي تتحقق بها مسئولية خروس الحيوان . فيجب عليه أن يثبت أولاً أن الملاحى عليه هو حارس الحيوان ، وقد قلنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت أن حراسة الحيوان قد خرجت من يده . ويجب عليه بعد ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان ، أى أن الحيوان قد تدخل تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر ، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشيء . على التفصيل الذى سبق ذكره .

٢٤ - إلى أى حد هو مقترض

٧٠٨ - الافتراضية لا يقبل إثبات العكس: الخطأ هنا مقترض افتراضاً

لا يقبل إثبات العكس (١) ، بخلاف الخطأ المقترض في جانب متولى الرقابة فهو افتراض يقبل إثبات العكس كما قلنا .

فلا يجوز إذن لحارس ، متى أثبت الضرر والشروط التي تتحقق بها مسئولية ، أن ينفي الخطأ عن نفسه ، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده ، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ . وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر ، فلاحاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جلوى من تنفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مقترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، فهو خطأ قد تم إثباته ، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه (٢) .

(١) وتختلف مسئولية صاحب الحيوان الجنائية عن المسئولية المدنية ، ففي الأولى لا يفرض الخطأ بل يجب إثباته . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه لا يكفي لهاكمة عنصر جنائياً مما يصيب الغير من الأذى بفعل الحيوان أن يثبت أن ذلك الحيوان عموماً له ، لأن ذلك إنصاح مبدئياً أن يكون سبباً للمسئولية المدنية ، فإنه لا يكفي لقرار المسئولية الجنائية التي لا يصح أن يكون لها عمل إلا إذا ثبت على المالك نوع من أنواع الخطأ في المحافظة على حيوانه ومنع أذنه عن الغير ، وفي هذه الحالة يجب بيان نوع هذا الخطأ في الحكم ووجه لجهته إلى ملك الحيوان بالوقت (نقض جنائي في ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ المجلد ١٢ رقم ١٤٣ ص ٢٦٢) . انظر في هذه المسألة الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية نكرة ٢٣٦ .

(٢) الدكتور سليمان مرفس في الفصل السادس نكرة ١٠٦ - وقد كان القفه في فرنسا يجبل افتراض الخطأ قابلاً لإثبات العكس ، وتجاه القضاء الفرنسي في ذلك . ثم تحول القضاء لجبل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، وتحول القفه إلى هذا المنظر أيضاً ، وبموجب ذلك القانون المصري القديم ثم القانون المصري الجديد .

وقد سبق القول إن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب ، فلا يقوم إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً للحارس (١) . وقد قلنا أيضاً أن مسئولية حارس الحيوان قد تجتمع مع مسئولية المتبوع في شخص واحد . فإلّا الحيوان إذا دفعه إلى السائق عتصفاً بالحراسة ، فألحق الحيوان ضرراً بالغير ، أمكنت مساءلة المالك باعتباره حارساً للحيوان حيث يفترض الخطأ في جانبه افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، كما تتمكن مساءلته باعتباره متبوعاً لسائق ولكن يجب على المضروب في هذه الحالة أن يثبت خطأ في جانب السائق (٢) .

وقد رأينا أن المتبوع تتحقق مسئولية ولو كان عديم التمييز . أما حارس الحيوان فلا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسئولية قائمة على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه .

٧٠٩ - **مبدأ نفى المسؤولية بنفى عمومية السببية** : ولا يستطيع حارس الحيوان أن ينفي عنه المسؤولية إلا بنفي علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذي وقع . وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي ، قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، أو خطأ المضروب أو خطأ الغير . وهنا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : « ... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وهو ما أجمع عليه الفقه (٣) والقضاء (٤) في مصر .

(١) ولا يقوم افتراض الخطأ أيضاً في العلاقة ما بين حارس الحيوان وشخص غير المضروب ، فلو ثبت أن فعل الحيوان الذي أحدث الضرر كان سببه استغراق أجنبي للحيوان ، وأراد حارس الحيوان أن يرجع بما دفع من تعويض للضرر على هذا الأجنبي ، فلا يجوز للأجنبي في هذه الحالة أن يمتنع بالخطأ المفترض في جانب الحارس لتقسيم التعويض فيما بينهما (الدكتور سليمان مرقس في الفصل الصادر بقرة ١٠٥ ص ١٢٢) .

(٢) انظر آخراً بقرة ٦٩٣ .

(٣) للوجز للوثائق بقرة ٣٥٨ - الأستاذ مصطفى مرمي بك في المسؤولية المدنية بقرة ٢١٨ - الدكتور حشمت أبو سبت بك بقرة ٥١٥ - الدكتور سليمان مرقس في الفصل الصادر بقرة ١٠٦ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المادة ١٥٢ مدق أهل (قدم) يفترض حصول خطأ أو إهمال من صاحب الحيوان ، وهنا المفترض القانوني لا يسلطه لإثبات عدم حصوله .

المبحث الثاني

مسئولية حارس البناء (*)

٧١٠- **النصوص القانونية:** لم يكن القانون المدني القديم يشمل على نص لتحديد المسئولية عن تدهم البناء ، فكانت القواعد العامة للمسئولية هي التي

سخطاً أو إهمالاً بل يجب لإسقاط المسئولية أن يثبت السقوط أن الإساءة حلت بسبب قهر أو خطأ المبنى عليه (استئناف مصر الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ الجلسة ٩ رقم ٥٨٥ م ١٠٨٠) . وقتت أيضاً بأن الذي يؤخذ من نص المادة ١٥٢ مدني أمثل (قديم) أن الشارع جعل مسئولية ملك الحيوان أو مستخدمه في الأصل ، إلا إذا لم دليل على أن الضرر الذي أصاب الغير إنما أصابه بمصادرة قهريه أو إهماله هو (استئناف مصر الوطنية في ١٧ يولية سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ رقم ٧٦١ م ٥٢٩) .

وانظر أيضاً في هذا المبنى استئناف أسبوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ الجمعية الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ م ٨٠ — محكمة بني سويف في ١١ فبراير سنة ١٩١٠ الجمعية الرسمية ١١ رقم ١٢٤ م ٣٤٦ . وقتت محكمة الاستئناف المخططة بأن المسئولية عن الحيوان لا تتبع إلا بإثبات السبب الأجنبي (استئناف مخطط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ م ١٨ : ولا يخفى أن يقال إن الحمار جمل من لثوم وراكب آخر أو أن المصاحب كان يسير وسط الطريق) . أنظر أيضاً : استئناف مخطط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ م ٥٨ (ترك الحمار على الرصيف دون قيد ، ولكن القار تعرض له لير فأصيب : خطأ مشترك) — وفي ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ م ١٥٤ (من يهود حيواناً في طريق عام يجب عليه أن يحكم ويقله حتى لا يفتل منه) — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٤٠٢ (وقد سببت الإشارة إلى هذا الحكم : لا يخفى حارس الحيوان من المسئولية أن يكون المصاحب طاماً أن الكلب يطلق السراح في المديقة وهو كلاب خطر ، فقد كان الواجب على الحارس ألا يدع الكلب وهو خطر يطلق السراح) — وفي ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٢٣٨ — وقتت محكمة الإسكندرية الجزئية المخططة في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جائزيت ٢٠ رقم ١٨٧ م ١٧٢) أنه تنبؤ قهريه قهريه أن يزعج حمار من أجراس مركبة المريق فيبطل فيعيب مراً .

(٥) **مبنى المراجع :** ملزو ٢ ققرة ١٠١٩ — ققرة ١٠٧٠ — بلانيول وريبيرولاسان ١ ققرة ٦٠٧ — ققرة ٦١١ — بلانيول وريبير وولانجيه ٢ ققرة ١٠٨٥ — ققرة ١٠٩٣ — كولانت وكاجان ولاموداندير ٢ ققرة ٣٦٢ — ققرة ٣٦٥ — جوسران ٢ ققرة ٥٢٤ — ققرة ٥٢٨ — الموجز للزولف ققرة ٣٥٩ — ققرة ٣٦٢ — الأستاذ مصطفى مرمي بك في المسئولية المدنية ققرة ٢٦٦ — ققرة ٢٦٢ — الدكتور حشمت أبو سنيت بك ققرة ٥١٦ — ققرة ٥١٩ — الدكتور سليمان مرمي في الفن الصادر ققرة ١٠٧ — ققرة ١١٢ .

تنطبق ، وإن كان القضاء المصرى ، عن طريق القرائن القضائية ، أقرب من القواعد الخاصة التى اشتمل عليها القانون الفرنسى فى المسؤولية عن تهلم البناء . إذ تنص المادة ١٣٨٦ من القانون المدنى الفرنسى على أن ومالك البناء يكون مسئولاً عما يحدث تهاجمه من الضرر إذا كان هذا التهم يرجع إلى نقص فى الصيانة أو إلى عيب فى البناء . فكان هذا النص يشدد من مسؤولية مالك البناء عما قرره القواعد العامة ، فمسئولية المالك طبقاً لهذا النص تقوم على خطأ مفترض متى أثبت الضرر أن الضرر يرجع إلى نقص فى صيانة البناء أو إلى عيب فيه ، ويفترض عندئذ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا النقص فى الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك . أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن كما قلنا ما يقابل المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسى . وترتب على ذلك أن حارس البناء لا المالك كان هو المسئول ، وكانت مسئوليته مبنية على القواعد العامة ، أى على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض ، فكان لا بد من أن يثبت المضرور خطأ فى جانب الحارس حتى تتحقق المسؤولية .

قلنا إن القضاء المصرى كان قد أقرب من قواعد القانون الفرنسى ، وقرب الشقة بين القانونين المصرى والفرنسى أمران :

(أولاً) أن القضاء المصرى كان يتشدد كل التشدد فى إلزام حارس البناء ، فكان يطالبه باليقظة والانتباه حتى لا يكون البناء مصدراً للخطر ، وأى إهمال فى ذلك مهما كان تافهاً يوجب مسؤولية الحارس عن تعويض ما وقع من الضرر .

(ثانياً) أن هذا القضاء من جهة أخرى كان يتساهل كل التساهل فى حق المضرور ، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأثمة القرائن . فهذا التشدد فى جهة وهذا التساهل فى جهة أخرى كان من شأنه أن يجعل القضاء المصرى يقرب من القانون الفرنسى ، ويستعيز عن القرينة القانونية المقررة فى هذا القانون بقرينة قضائية قررها هو . ومن ثم أمكنه فى كثير من الأحوال أن يقرر دون نص مسؤولية حارس البناء إذا ثبت أن هناك عيباً فى البناء أو قصراً فى الصيانة (١) .

(١) أنظر بحثى مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥ (وهران)

وقد جاء القانون المصري الجديد بنص خاص في مسؤولية حارس البناء ،
فقضى في المادة ١٧٧ بما يأتي :

١٥ - حارس البناء ، ولو لم يكن مالكاً له . مسئول عما يحدثه انهيار البناء
من ضرر ، ولو كان انهياراً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه
إلى إهمال في الصيانة أو قديم في البناء أو عيب فيه ،

٢٥ - ويجوز لمن كان مهتداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك بالتخاذ
ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك ، جاز
الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه (١) .

= قس مدني في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة رقم ٢ رقم ١٤٠ (٤٢١) - استئناف مصر
وطني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ الجلسة ١٥ رقم ٢/٢٧٩ - ٥٨٦ - وفي ٢٨ نوفمبر
سنة ١٩٣٧ الجلسة ١٨ رقم ٤٠٢ - ٨٧١ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ الجلسة ١٩
رقم ٣٤٥ - ٨٤١ - استئناف مخطوط في ٢ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ م ٢٧٠ - وفي
٢٨ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ١١١ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ م ١٦٠ -
وفي ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ١٢٢ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٥٨ -
وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٤٨٥ . وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه يتعارض
مع القانون الجديد . وأقرته لجنة للرابطة بعد تعديلات قنصلية تحت رقم المادة ١٨١ من
الفرع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ
عبارة « ولم يكن مالكاً » بعد عبارة « حارس البناء » ، وأصبح رقم المادة ١٧٧ . وقالت
اللجنة في تقريرها : « اقترح الاستعانة عن اصطلاح المجلس في المادة ١٧٧ بـ اصطلاح ملك
البناء أو حائزه بنية التملك . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن تغيير « حارس البناء أو
الغني » قد يفتح لظهور تصور أخرى لا تندرج تحت الصيغ المقترحة ، وقد استعمل القنصل
اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لـ (garde) في اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا
التعبير معروفة ، وهي مرة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور مخصوصها . وتغيير
الفرع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى ليس ولا يشيد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على المادة
كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ م ٤٢٨ - م ٤٣٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للفرع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لم يرض
القنصل المصري للمسئولية عن البناء ، وذلك جرى القضاء المصري بشأنها على تطبيق التواعد
العامة ، وجعل من الخطأ الثابت أساساً لها ، ولو أنه لا يتعدد كثيراً فيما يتعلق بمسألة هذا
الخطأ . أما للفرع فقد آثر تأسيس هذه المسئولية على الخطأ القروض ، وأثنى عليها على ما سبق
لحرس البناء دون مالك على خلاف ما اختار القنصل الفرنسي . فخطأ مسئولية الحارس قائمة
ما لم يثبت أن تداعي البناء لا يرجع إلى إهمال في صيائه أو قديم أو عيب في إنشائه . أما القنصل
الفرنسي فيلزم الضرور على التفتيش من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القديم أو العيب
في إنشاء البناء ، فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعي البناء يرجع إلى أحد
هذه الأسباب ، ويكون إذن ناشئاً عن خطأ المالك » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ م ٤٣١) .

ويتبين لأول وهلة من هذا النص أنه يختلف عن النص الوارد في القانون الفرنسي في أمور ثلاثة :

(١) في أنه يجعل المسؤولية على حارس البناء لا على مالكه ، وهذا هو الذي تمشى مع قواعد المسؤولية .

(٢) وفي أنه يشدد من المسؤولية أكثر مما يفعل القانون الفرنسي ، إذ لا يتطلب النص المصري أن يثبت الضرر إحصالاً في الصيانة أو قسماً في البناء أو عيباً فيه ، بل حارس البناء هو الذي يثبت الإهمال في الصيانة وألا قدم في البناء وألا عيب فيه .

(٣) في أنه يميز اتخاذ احتياطات وقائية إذا كان البناء يهدد بالسقوط ، فلا ينتظر من كان مهتماً بضرر من جراء تهم البناء أن يهدم فيطالب بالتعويض ، بل يستطيع أن يطالب باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر قبل وقوعه .

ولا شك في أن القانون الجديد شدد كثيراً في المسؤولية عن تهم البناء ، وأتى لمساعدة من تصيهم أضرار من ذلك . فلم يتركهم إلى القواعد العامة التي توجب عليهم إثبات الخطأ في جانب المسئول .

وتسرى هذه القواعد الجديدة منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أي منذ نفاذ القانون الجديد . والعبرة في ذلك بتاريخ وقوع الضرر الذي ينجم عن تهم البناء . فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذي ينطبق ، وإلا فالقانون الجديد .

ونفصل الآن قواعد هذه المسؤولية ، فتكلم في أمرين : (١) متى تتحقق المسؤولية عن تهم البناء (٢) وعلى أي أساس تقوم هذه المسؤولية .

المطلب الأول

متى تتحقق المسؤولية عن تهم البناء

٧١١- شرط تحقق المسؤولية : تتحقق هذه المسؤولية إذا تهم البناء تهماً كلياً أو جزئياً وألحق تهمه ضرراً بالغير . فمعتد ذلك يكون حارس البناء مسئولاً عن هذا الضرر .

تتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) حراسة البناء (٢) تهديم البناء هو الذي أحدث الضرر .

١٤ - حراسة البناء

٧١٢- تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص حراسة بناء . فنيين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «البناء» .

٧١٣- الحراسة : تتخذ الحراسة هنا على النحو الذي حددناها به في حراسة الحيوان . فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء ، فيكون مكلفاً بحفظه وتهديمه بالصيانة والاستباق بأنه ليس قد عمالاً معيماً بحيث يهدد الناس بالخطر ، ويكون هو المتصرف في أمره ، سواء نجت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ما دامت سيطرة فعلية قائمة . فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك ، ولا المستنعم ، ولا الحائز .

ولكن المفروض أن مالك البناء هو الذى يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف في شؤونه ، ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك . والبائع قبل التسليم ، حتى بعد تسجيل عقد البيع ، يستبقى السيطرة الفعلية على البناء ، فيبقى هو الحارس ، ولا تنقل الحراسة إلى المشتري إلا بالتسليم (١) . والمقال الذى قام بتشديد البناء يعتبر حارساً له حتى يسلمه للمالك (٢) . والمالك

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا مسؤولية على المالك لنزل لو سقط بسبب بناءه على إنسان فقله إذا تبين أن المالك للذكور اشترى هذا النزل ، ولكنه لم يكن قد وضع يده عليه بسبب نزاع وقع بينه وبين آخرين (استئناف وطنى في ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ المراجع ٢ رقم ٢٠٠ م ١٨٤) - وقضت محكمة الاستئناف المختطة بمسئولية للشترى بعد غير سجل ما دام حائراً (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ م ١١٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه يجب على نقلاول اتخاذ الاجلطات اللازمة لمنع الضرر عن الجيران (استئناف مختلط في ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤١ م ٢٢٢ - وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ م ٨٣ - وفى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ٤٠٤) - على أن الجار الذى يكون منزله قديماً غير معين لا يجوز له أن يزعم أن أعباء المالك أو القاول ، وعليه أن يسلم في ثقلات تهديمه بناءه (استئناف مختلط في ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ٤٠٢ - وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٩ - وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٣٦ - وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٨٣) .

المعنى ملكه على شرط فاسخ أو على شرط واقف يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستع (usufruitier) والمتحكر والمرتهن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية . أما المستأجر والمستعير فلا يعتبران في الغالب من الأحوال حارسين لأن السيطرة الفعلية على البناء خلافاً للحيوان المنقول - تبقى عادة عند المالك (١) . لكن إذا أقام المستأجر بناء في العين المستأجرة اعتبر حارساً له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك وفقاً للاتفاق أو لقواعد الاتصاق (٢) .

وقد يكون الحارس شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة .

وقد يجعل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تملك مالك البناء بأن العين الملوكة له مؤجرة لفترة وبنا تنقلت حيازتها القانونية لهذا الغير ، وبأنه اشترط عليه أن يقوم هو بالصليحات اللازمة ، وإذ إن فإن الشئولية عن الضرر الذي وقع تنتقل إلى المستأجر ، فذلك لا يجدي في دفع الشئولية عنه ، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسئول أمله (حتى مدنى في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ من ١٧٥) .

(٢) ومن أحكام القضاء المصرى فيمن هو المسئول عن تهم البناء في ظل القانون القديم : إذا كان المالك أصراً فلا تكون عنده الحراسة ، بل المسئول هو الوصى (استئناف مخطط في ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٨) - والحائز سواء كان حسن النية أو سيئها يكون هو المسئول لا المالك (استئناف مخطط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ من ١١٢) - والبناء في أثناء تشييده أو تربيته تكون الشئولية فيه على المالك دون المالك (استئناف مخطط في ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٣٠٦ - وفي ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ١٢٢) . فإذا تمت الأعمال وسلم البناء للمالك وضعت مدة كافية على ذلك ، وجبت إليه الشئولية ، على أن يرجع على المالك إذا كان هناك وجه تلك (استئناف مخطط في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ من ١٩٦ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ١٣٢) - مكاول أعمال البناء مسئول عن تسريب المياه تحت الأرض (استئناف مخطط في ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ١٥٢) - إذا كان أحد شركاء البناء هو المتصرف على عملية البناء ، فهو وحده المسئول دون سائر شركائه ودون المالك الذى كان مقتصرأ على تزويد الأشجار (استئناف وطنى في ٣ يناير سنة ١٩٢٨ المحللة ٨ رقم ٤٦٥ من ٧٦٤) - وفي الشئولية عن المعدن (استئناف مخطط في ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٢ من ١٩٦ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٣٦٢ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ من ٢٧٦) .

كهنتمس البناء والمقاول وهما مسئولان عما يحدث في خلال عشر سنوات من ضرر عن تهم البناء (م ٦٥١ من القانون الجديد) ، وكالمستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المؤجرة ، وكالبائع وهو ضامن لليب الخفي .

٧١٤- البناء : والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشباً أو جيراً أو جبساً أو حليداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا شيدها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار . ويستوى أن يكون البناء معداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإبداع أشياء . فالبيوت والقراري والمخازن تعتبر بناء . بل قد لا يكون البناء معداً لشيء من ذلك ، فالحائط المقام بين حدين بناء ، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء ، وكذلك القناطر والخزانات والسدود والجسور (الكبارى) وكل ما أشيد في باطن الأرض بناء ، كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز . ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده ، فإذا أحدث تدمره ولم يزل في دور التشيد ضرراً كان الحارس - وهو المقاول عادة - مسئولاً عنه . ولا يعتبر بناء القمار بالتخصيص كالمصاعد . وكذلك الأرض لا تعتبر بناء ، فإذا تطايرت منها شظايا أضرت بالغير ، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهم البناء .

٢٤ - تهم البناء هو الذي أحدث الضرر

٧١٥- تحليل هذا الشرط : يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناجماً من تهم البناء . فتتظر فيما يعتبر تهماً وما لا يعتبر كذلك .

٧١٦- ما يعتبر تهماً : تهم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض التي يتصل بها اتصال قرار . ويستوى أن يكون التهم كلياً أو جزئياً ، كما إذا وقع سقف أو تهم حائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم . ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً ، مميماً أو غير ممييب ، فلو تجرب مبنى بسبب قلمه أو بسبب حادث كأن يرى بالقتابل في غارة جوية ، فإن تهمه بعد ذلك تهماً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يرتب مسئولية في ذمة حارس البناء بمقتضى خطأ مفترض .

٧١٧- ماله يعتبر تهرماً : ولا يكفي أن يكون الضرر آتياً من البناء ، ما دام هذا البناء لم يهدم كله أو بعضه . فلو أن شخصاً زلقت رجله وهو يمشي في غرفة دهنت وأرضيتها ، دهاناً جعلها زلجة فأصيب بضرر ، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً عن تهمد البناء ، وعليه أن يثبت خطأ في جانب المشوول ولو أن جسماً صلياً سقط من نافذة في مبنى فوقه على شخص أصيب من جراء ذلك بأذى ، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً من تهمد البناء ما دام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهمد النافذة (١) .

ويجب أن ينجم الضرر عن تهمد البناء تهمداً فعلياً : لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم . وقد كان القانون الروماني في هذه الحالة يجعل الحق للشخص المهدد أن يستولى على البناء وأن يصلح ما به من الخلل . وتابع القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة ، دون أن يجعل للشخص المهدد حق الاستيلاء على البناء . أما القانون الفرنسي الجديد فلم ينص على هذا التدبير الوقائي . وسار القانون المدني المصري القديم على نهج القانون الفرنسي في عدم النص على ذلك . ولكن القانون المدني الجديد أجاز في هذه الحالة اتخاذ تدابير واقية ، وقد رأيناه ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على ما يأتي : « ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك

(١) وقد كان المشروع التمهدي يشتمل على نص (م ٢٤٦ من هذا المشروع) ينص بما يأتي : « كل من يقيم في مسكن يكون مسئولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلي أو يقط من هذا المسكن ، ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب . ولم توافق عليه أغلبية لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لأنها أقرت أن تظل المسئولية في تلكا ما ينص به النص خاضعة لقواعد العامة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي في صدد هذا النص ما يأتي : « عند المشروع لم نتميز أحكام المسئولية عن البناء بإيراد قاعدة تتعلق بالمسئولية مما يلي أو يقط من المسكن ، وراعى أن الضرر في هذه الحالة لا يحدث بسبب البناء منه أو بسبب جزء منه أو بسبب ما ينجم من المضافات ، بل بسبب ما يلي أو يقط منه متى كان متضمناً للسكن ، فيقتض خلاً ما كان البناء في هذه الصورة ، ويلزم بالتعويض ، إلا أن يقيم الدليل على أن الحادث وقع من جراء سبب أجنبي . وتختلف هذه المسئولية عن المسئولية العامة عن البناء من وجوه ثلاثة : (١) فهي لا تترتب بناء على ضرر ينجم عن البناء أو أجزائه أو ملحقاته (ب) وهي لا تقع على مائق الساكن (ج) وهي لا ترتفع إلا بإثبات الدليل على السبب الأجنبي » . (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٤٢٩ في الملتصق) .

باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدفع الخطر . فإن لم يتم المالك بذلك ، حاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «وقد احتذى المشروع مثال بعض التقنيات الأجنبية ، فقرر بين أحكام المسؤولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التى لا تتطوى على معنى التعويض . ويكفى لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلا . فلن يتهدده هذا الضرر أن يكلف المالك ، دون الحارس ، باتخاذ ما يلزم من التدابير لدفع الخطر . فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف ، جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهدده الضرر باتخاذ هذه التدابير على حساب المالك (١) » .

والحريق غير التهدم ، فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة ، فأصبحت بضرر ، لم يكن هذا الضرر ناجما عن تهدم البناء ، حتى لو كان البناء المحترق انهلهم عقب الحريق مباشرة نتيجة لهذا الحريق فأصاب الغير بالضرر (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١ (وأظر في هذا المعنى المادتين ٩٨/٩٠ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمادة ٥٩ من تقنين الأترنات السويسرى ، والمادة ١٥١قرة ٢ من التقنين البولونى . وأظر عكس ذلك المادة ١١٦٦ من التقنين الأوجنتيى) .

(٢) أما إذا تهدم البناء بعد الحريق بحد كافي ، ولو كان التهدم نتيجة الحريق ، كان الضرر الذى يحدث ناجما عن تهدم البناء . هنا وقد صدر قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٧٢ فى فرنسا ، أضاف ققرة جديدة إلى المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى ، ونص بأن الحائر لطار أو التناول ، إذا شب فيه حريق ، لا يكون مسئولاً عن الضرر الذى يلحق الغير إلا إذا ثبت حصول الحريق بخطأ الحائر - أما فى الثلاثة فيما بين المؤجر والمستأجر ، إذا احترق العين المؤجرة ، فقد نصت المادة ٥٨٤ من القانون المدنى الجديد على أن المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه ، فإذا تعدد المستأجرون لطار واحد ، كان كل منهم مسئولاً عن إغريق بنسبة الجزء الذى يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيما فى القطار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتداء شويها فى الجزء الذى يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولاً عن الحريق .

هذا والمسئولية عن تهدم البناء غير المسئولية عن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، ولو كان هذا البناء تتطلب حراسته هذه العناية الخاصة ، كمنع لمدل القرقفات . فإذا تهدم هذا المنص ، فأصاب الغير بضرر ، كان للمس الواجب التطبيق هو المادة ١٧٧ لا المادة ١٧٨ ، فيجوز للحارس المنص أن يخلص من المسئولية لا بإثبات السبب الأجنبى غيب ، كما هو الأمر فى =

المطلب الثاني

الأساس الذى تقوم عليه المسؤولية عن تهمم البناء

٧١٨-مسألتاه : متى تحققت مسؤولية حارس البناء على الوجه الذى تقدم ذكره ، قامت هذه المسؤولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما ينشأ . فنقصد الآن ما هو هذا الخطأ ، وإلى أى حد هو مفترض .

١٨ - ما هو الخطأ

٧١٩-مسألة الزنى يجبره المضرور : تقدم أن حارس البناء مسئول عن تهممه ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

فالمضرور هو الذى يكلف أولاً بإثبات أمرين :

(١) أن الضرر الذى أصابه نجم عن تهمم البناء تهمماً كلياً أو جزئياً . وقد ينشأ متى ينتج الضرر عن تهمم البناء .

(٢) أن المدعى عليه هو حارس البناء الذى تهمم . وقد ينشأ كيف يتحدد حارس البناء .

٧٢٥-مسألة الزنى يجبره حارس البناء : فإذا ما أثبت المضرور ذلك ، كان على حارس البناء ، حتى يدفع مسؤوليته عن طريق نفي الخطأ ، أن يثبت أن تهمم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه (١) .

المادة ١٧٨ ، بل أيضاً يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه . أما إذا وقع الضرر من القرصات ذاتها لآمن تهمم المصنع ، وجب تطبيق المادة ١٧٨ ، ويكون حارس القرصات مسئولاً ولا يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي .

(١) أما فى القانون المدون الفرنسى ، فقد قلنا أن المضرور هو الذى يجب عليه أن يثبت فى جانب مالك البناء ، بدلاً من الصيانة أو عيباً فى البناء . فالإهمال فى الصيانة أو العيب فى البناء غير مفترض فى القانون الفرنسى ، بل يجب على المضرور إثباته . وهو فى القانون المصرى الجديد مفترض افتراضاً قابلاً للإثبات العكس ، وحارس البناء هو الذى يثبت أن تهمم البناء لا يرجع سببه إلى ذلك كما رأينا .

فلذا لم يستطع إثبات ذلك افترض القانون أمرين :
 (أولاً) أن التهم سببه إما إهمال في صيانة البناء أو قلم هذا البناء أو وجود عيب فيه
 (ثانياً) أن هذا الإهمال أو القلم أو العيب منسوب إلى خطأ حارس البناء ،
 فهو الذي نصر بأن لم يمن عناية كافية بصيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه ،
 فترتب على هذا التصدير أن تهم البناء .
 ومن ثم نرى أن مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض في جانبه ،
 هو الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه ، حتى تدعى البناء
 وتهدم فأصاب الغير بالضرر .

§ ٢ - إلى أى حد هو مفترض

٧٢١ - الخطأ المفترضه ذو شقين ، أحدهما قابل للإثبات العكسي
 والآخر غير قابل لذلك : هذا الخطأ المفترض في جانب حارس البناء هو
 كما رأينا خطأ ذو شقين ، الشق الأول منه يقوم على أن التهم سببه إهمال في
 صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه ، والشق الثاني يقوم على أن هذا الإهمال
 منسوب إلى خطأ الحارس .
 والشق الأول من هذا الخطأ المفترض يقبل لإثبات العكس ، أما الشق الآخر
 فلا يقبل .

وتفصيل ذلك أن حارس البناء يستطيع أن ينفي الشق الأول ، بأن يثبت أن
 التهم ليس سببه إهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه . وهو
 يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين : إما بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى
 صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، بل كان الحارس قائماً كما ينبغي بصيافته
 وتجديده وإصلاحه ، وإما بإثبات أن التهم كان نتيجة لسبب غير الحاجة
 إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح ، كحريق شب في البناء أو متفجرات
 دمرته أو قتال أقيمت عليه أو نحو ذلك . فلذا قام بهذا الإثبات ، دفع عن
 نفسه الخطأ المفترض ، ووجب تطبيق القواعد العامة ، وتعين على المضرور

أن يثبت خطأ في جاتبه (١).

أما إذا لم يستطع أن يبنى الشئ الأول ، ببق هذا الشئ مفترضاً في جاتبه . وكذلك يبق الشئ الثاني مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس ، ويعتبر الإهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه . ولا يستطيع الحارس في هذه الحالة أن يدفع عنه المسؤولية إلا ببنى علاقة السببية ما بين تهمم البناء والضرر الذى وقع ، بأن يثبت مثلاً أن زلزالاً كان هو السبب في التهمم وهذه هى القوة القاهرة ، أو أن عدواً مغيراً هو الذى خرب البناء وهذا هو خطأ الغير ، أو أن الضرر نفسه هو الذى منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ الضرر .

ولما كان عديم التمييز لا يتصور الخطأ في جاتبه ، وكانت مسؤولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض ، فحارس البناء لا يجوز أن يكون عديم التمييز .

٧٢٢ - الخطأ المفترض لا يقوم عن قيام عمود عقصرية : والخطأ المفترض

بشقيه لا يقوم حيث توجد علاقة عقلية ما بين حارس البناء والضرر . فإذا كان الضرر هو مستأجر البناء مثلاً وتهمم البناء فأصابه بالضرر ، رجع المستأجر على المؤجر بمقتضى مسؤولية عقلية مصلها عقد الإيجار ، ولا محل للمسئولية التصديرية (٢). وإذا كان الضرر نزحاً في فندق ، فصاحب الفندق مسئول قبله بمقتضى العقد لا بمقتضى مسؤولية تصديرية . وقد قلنا أن المسؤولية

(١) لكن إذا ثبت أن التهمم وقع في أثناء القيام بهم البناء أو بإصلاحه ، فإن كان التهمم راجعاً إلى إهمال في الصيانة أو إلى قدم في البناء أو إلى عيب فيه ، تحقت المسؤولية بمقتضى الخطأ الفرض . أما إذا كان التهمم لم يقع إلا نتيجة التهمم أو للإصلاح ، وجب تطبيق القواعد العامة وإثبات الخطأ في جانب المسئول .

وقد قلنا أن البناء إذا عتبت حريق فيه أو خربه متعجرات أو قتال ، وبنى عمداً ، ثم تهمم بعد ذلك ، قامت المسؤولية على الخطأ المفترض . أما إذا تهمم البناء فوراً بشيوع الحريق أو بصل المتعجرات أو القتال ، لم تهم المسؤولية على خطأ مفترض ، بل طبقت القواعد العامة ، ووجب إثبات الخطأ في جانب المسئول .

(٢) أنظر عكس ذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٢ ، وما أورده من أحكام القضاء المصري . وأنظر عكس ذلك أيضاً : استئناف مخطط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧٢ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ .

العقبة تنفي المسؤولية .

أما إذا كان الضرر خادماً لحارس البناء أو تابعاً له ، فإن العقد في هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامة التابع ، فيكون الحارس مسئولاً قبل التابع بمقتضى المسؤولية التقصيرية ، ويقوم الخطأ المفترض على الوجه الذى يبيناه .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء (*)

٧٢٣- النصوص القانونية تطور المسؤولية عن الأشياء : لم يشتمل القانون الملى القديم على نص خاص لتحديد مسؤولية حارس الأشياء ، فكانت هذه المسؤولية تترك للقواعد العامة .

(*) بعض المراجع : سأل في حوادث السل والمسئولية المدنية (سنة ١٨٩٧) - جوسران في المسؤولية عن فعل الغير (سنة ١٨٩٧) والوجيز ٢ - فترة ٥٢٩ - فترة ٥٥٥ - بلانيول دراسات في المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠) - ملزو ٢ - فترة ١١٣٨ - فترة ١٢٦٨ - جوديه في تطور جديد في نظرية المسؤولية المدنية (المجلة التصلية ١٩٢٧ ص ٨٩٣) - بلانيول ورييه وإسان ١ - فترة ٦١٢ - فترة ٦٢٥ - كولان وكايغان ولامورانديير ٢ - فترة ٣٦٦ - فترة ٣٧٩ - بلانيول ورييه ويولانجيه ٢ - فترة ١٠٤٢ - فترة ١٠٨٣ - الراسكل : يزيه (Pissier) باريس ١٨٩٩ - بونه (Bonnet) جوانيه ١٩٠٨ - فيزى (Vitry) ليل ١٩٢٢ - توزان (Tausin) باريس ١٩٢٥ - بيسون (Besson) ديجون ١٩٢٧ - ديلاكرواه (Delacroix) تولوز ١٩٢٨ - لبيسو (Luezo) رن ١٩٢٨ - كورنى (Cornu) مونيليه ١٩٢٩ - كامبون (Cambon) رن ١٩٢٩ - لاريج (Lartige) تولوز ١٩٣١ - الدكتور برسوم القاهرة ١٩٣١ - جربوى (Gerbouille) باريس ١٩٣٢ - ليسان (Libmann) استراسبورج ١٩٣٣ - بيشيه (Bichet) ديجون ١٩٣٣ - دافيد (David) ليل ١٩٣٤ - فورز (Forne) مونيليه ١٩٣٦ - لاردنوايه (Lardennois) نانسى ١٩٣٦ - بينيكس (Beineix) باريس ١٩٣٧ - فيزىل (Fissel) باريس ١٩٣٧ - سن (Sen) باريس ١٩٣٩ - لاندل (Landell) رن ١٩٤٠ - ليفير (Lefebvre) باريس ١٩٤١ - جولمان (Goldmann) ليون ١٩٤٧ - الموجز للولف فترة ٣٦٣ - فترة ٣٧٢ - الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فترة ٣٠٩ - فترة ٣١٧ - الدكتور حشمت أبوسيت بك فترة ٥٢٠ - فترة ٥٢٦ - الدكتور سليمان مرعى فى الفصل الضار فترة ١١٣ - فترة ١٢١ .

وقد تطورت المسؤولية عن الأشياء غير الحية (*choses inanimées*) تطوراً سريعاً منذ بداية القرن العشرين . فقد كانت بادية الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ في جانب المسئول . ولم يفكر واضع القانون المدني الفرنسي في تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسؤولية . بل إن المشرع الفرنسي عندما قرر المسؤولية عن الأشياء في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، نص على أن الشخص مسئول ... عن الأشياء التي تكون في حراسته ، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك ، وهما المسؤولية عن الحيوان والمسئولية عن البناء ، بعد أن مهد لما بهذه العبارة العامة . أما سائر الأشياء غير الحيوان والبناء ، فما لا ريب فيه أن المشرع الفرنسي لم يرد أن يستثنيها من القاعدة العامة المقررة لمسئولية الإنسان عن فعله ، وهي القاعدة التي قررهما في المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ ، فكل ضرر يصيب الغير من شيء يسأل عنه صاحب هذا الشيء إذا أثبت الضرر خطأ في جانبه ، ولا فرق بين أن يصيب الإنسان غيره بالضرر بفعله المباشر أو بواسطة شيء في يده . وقد سار الفقه والقضاء في فرنسا على هذا الرأي وقتاً طويلاً حتى أواخر القرن التاسع عشر .

ولكن النظم الاقتصادية لم تبق على حالها ، بل أحدثت المحترعات الحديثة تطوراً عظيماً ، قامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة ، وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهته ، ولم يبال أن تكون قوى عياء لا يسيطر عليها كل السيطرة ، فهي إذا ما أفكت من يده - وكثيراً ما تفلت - لا يلبث أن يكون ضحيتها . وكان لذلك أكبر الأثر في تطور المسؤولية عن الأشياء . فإن من يستخدم هذه المحترعات ، فيعرض الأرواح للخطر ، والأموال للتلطف ، من الحق أن يكون خاضعاً في المسؤولية عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التي يخضع لها في مسئوليته عن فعله الشخصي . وإذا بقينا نشتط إيجابيات خطأ في جانب صاحب الشيء ، فإنه يتعذر على الضرور في أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ . لذلك تلمس الفقه والقضاء في فرنسا طريقاً يميلان به عبء الإثبات على صاحب الشيء لأعلى الضرور ، فيتمشى القانون بذلك مع التطور الاقتصادي والحاجات الاجتماعية ، فأخفا يتوسعان في نصير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني

الفرنسي (١) ، فجعلها تقرر المسؤولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض في جانب من يوجد الشيء في حراسته (٢) .

(١) قبل أن يتوسع الفقه والقضاء في فرنسا في عصر الفترة الأولى من المدة ١٣٨٤ توسلا بطريقتين أكثر: (١) الطريق الأول هو تطبيق للمسئولية التقدية على حوادث الملل وحوادث النقل ، وهذه هي أكثر الحوادث شيوعاً . أما عن حوادث الملل ، فقد كانت المحاكم الفرنسية تفتي ، قبل صدور تصريح سنة ١٨٩٨ ، بأن المالك للملاب يجب أن يثبت خطأ في جانب رب الملل حتى يثبث تمويهاً . ولا كان الإثبات في أكثر الأحوال متفقاً ، فقد كان المالك هو الذي يحصل الحسارة وحده ، ولما كان ينجح في دعوى التعويض التي يرضى على صاحب المصنع . فقام قضاة ، أحدهما في فرنسا (Baudouin) والآخر في بلجيكا (Sainctelette) ، يذهبان إلى أن مسؤولية رب الملل نحو الملل مسؤولية عقدية ، لأنه التزم بحفظ عقد الملل أن يحافظ على سلامة الملل من مخاطر الملل ، فإذا أصيب الملل التزم رب الملل أن يبرهن عن الضرر الذي أصابه ، إلا إذا أثبت أن الإصابة لا ترجع إلى خطأ في جانبه ، وبذلك يجعل رب الملل لا الملل عبء الإثبات . وقد صادفت هذه النظرة نجاحاً في الفقه ، فصبها بسن القضاء ، إلا أن القضاء لم يأخذ بها . ثم صدر بعد ذلك تصريح سنة ١٨٩٨ فصدت المسألة أهميتها العملية . أما عن عقد النقل ، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المدة ١٧٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، التي تجعل أمين النقل مسئولاً عن تلف البضائع ما لم يثبت أن تلفها كان قضاء وقدر أو بقوة قاهرة ، يمكن تطبيقها على نقل الأشخاص ، فإذا أصيب شخص بضرر في أثناء النقل كان أمين النقل مسئولاً ، ويقع عبء الإثبات عليه إما أراد المخلص من المسؤولية ، ذلك أنه التزم بالقد أن يحافظ على سلامة المتخذ معه . ولكن القضاء الفرنسي لم يأخذ في أول الأمر بهذا المنهج ، وإن كان قد أصبح يميل إليه في أكثر أحكامه . (ب) والطريق الثاني هو التوسع في عصر المدة ١٣٨٦ ، فقد أخذ القضاء الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر يتوسع في تفسير كلمة « البناء » ، فأدخل فيه السجور والآلات بل والمتنولات الأخرى ، وأصبح صاحب الشيء — عتقراً كان أو متقولا — يمد هذا الضرر مسئولاً عنه بمجرد أن يثبت المصاب عيباً في الشيء أو قصراً في تمهيد ، قياساً على البناء . ولا خلاص من المسؤولية إلا إذا ثبت أن الحادث قد وقع قضاء وقدر أو بقوة قاهرة أو بطل التبر أو بخطأ المصاب ، فصار عبء الإثبات على صاحب الشيء . غير أن هذا التفسير يتناقض تناقضاً صريحاً مع نص المادة ١٣٨٦ ، فهي تذكر « البناء » و« التهم » ، والفرق كبير بين هذا وبين ما فسر به النص مما تقدم ذكره . فذلك لم يثبت القضاء الفرنسي طويلاً على هذا التفسير ، وعمل عنه إلى متابعة الفقهاء الذين وجدوا في الفترة الأولى من المدة ١٣٨٤ تكة يستندون إليها في تحرير المسؤولية عن الأشياء .

(٢) وقد حاول بسن القضاء في فرنسا أن يصوغ من نص الفترة الأولى من المدة ١٣٨٤ نظرية عامة يجعل فيها صاحب الشيء يتبعه (théorie des risques) دون أن تستند المسؤولية في ذلك إلى أي خطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفترضاً . وفي مقدمة هؤلاء فقهاء سالي (Salicrue) وجوسران (Jossorand) ، ولكن القضاء لم يتش إلى هذا الحد ، بل استمر يرى أساس المسؤولية عن الأشياء خطأ في جانب المالك .

على أن هذا الأساس الجليل الذي بني عليه المسؤولية عن الأشياء - وهو الخطأ المفترض في جانب الحارس - بقي في تطور مستمر منذ مطلع القرن العشرين إلى اليوم . فقد كان افتراض الخطأ بادئ الأمر قابلاً لإثبات العكس ، ثم أصبح غير قابل لذلك . وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة ، ثم جاوزها إلى العقار . وكان يستثنى من دائرة الخطأ المفترض الأشياء التي يحركها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها ، ثم عممت القاعدة فشملت جميع الأشياء . وكان هناك تفرق بين الشيء الخطر ، يكون الخطأ فيه مفترضاً ، والشيء غير الخطر ، يطلب فيه إثبات الخطأ ، ثم زالت هذه التفرقة . وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تتسع لأي شيء ، متغولاً كان أو عقاراً ، متحركاً بقوته الذاتية أو محركاً بيد الإنسان ، خطراً أو غير خطر . ولم يستثن القضاء الفرنسي إلا معنى «الحراسة» (garde) . فهو يبنى المسؤولية عن الشيء على «خطأ في حراسته» (faute dans la garde) . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ولا يعرف بين النظريات القانونية نظرية تطورت بالسرعة والخطورة التي تطورت بهما نظرية المسؤولية عن الأشياء ، فقد انقلبت في بضع عشرات من السنين إلى التقيض مما قصده المشرع . ولا شك في أن المحاكم الفرنسية كان قضاؤها قضاء اجتهاد لا قضاء تفسير ، وهي قد تمسحت في ذلك لا مع النصوص القانونية كما قصد إليه المشرع وقت وضع التشريع ، بل مع ما جد من الحاجات الاقتصادية . وأيد الفقه القضاء في ذلك ، وقضاfer كلاهما على وضع أسس لنظرية جديدة تكون أكثر انطباقاً على مقتضيات المدنية بعد تطور الصناعة وتقديم المخترعات .

أما في مصر فكانت الحالة في القانون المدني القديم تختلف عنها في فرنسا من حيث النصوص القانونية . فالقانون القديم لم يتضمن نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، وقد رأينا أن القضاء الفرنسي قد استند إلى هذا النص في تأسيس نظريته الجديدة في المسؤولية عن الأشياء . وقد تضمن القضاء المصري أحكاماً تنهب إلى جمل المسؤولية عن الشيء مبنية على خطأ مفترض في جانب الحارس (١) ، وبنت أحكاماً أخرى هذا المبدأ على أساس المسؤولية

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجوعة الرسمية ٢٨ رقم =

العقدية (١) ، وقاس بعض الأحكام المسئولية عن الشيء على المسئولية عن الحيوان (٢) . بل هناك من الأحكام المصرية ما ذهب إلى أبعد من هذا ، فقال بنظرية تحمل التبعة دون أن يستند في ذلك إلى نص معين (٣) . ولكن القضاء المصري في مجموعه كان لا يزال يرى أن المسئولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ في جانب الحارس (٤) . ولم يكن في الواقع من الأمر مستطيماً

— ٥٩ — وفي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ الجلسة ١٠ من ١٥٤ — وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ رقم ٢١٨ من ٤٣٥ — وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ رقم ٣٧٤ من ٧٦٠ — محكمة الاستئناف المخططة في ٧ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ١٦٠ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ٥٩ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ من ٣٧ — وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ٧٥ .

(١) استئناف مخطط في ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٨٠ — وفي ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٢٣٥ — محكمة البان الجزئية الوطنية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/٩٣ .

(٢) محكمة استئناف أسوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الجلسة ٩ رقم ١٤٦ من ٢٤٤ . (٣) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٧ الجلسة ٨ رقم ٣٦٧ من ٥٦٠ — محكمة الزقازيق الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ الجلسة ١٠ رقم ٨٨ من ١٦٩ (وقد خلط هذا الحكم بين الخطأ للقرض ومنصب تحمل التبعة) . وأقل أيضاً محكمة مصر الكلية المخططة في ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ جلزت ١٨ رقم ٢٩٥ من ٢٣٣ — وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٢٩ جلزت ٢٠ رقم ١٨٨ من ١٩٥ .

(٤) استئناف وطني في ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ من ٤ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥ من ١٠ — وفي ٢٩ ملوس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ من ٥٠ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ من ٢٤٧ — وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ الجلسة ١١ رقم ٩٠ من ١٤٩ — وفي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الجلسة ١٣ رقم ٥٤٨ من ١١٠٤ .

ولكن القضاء المصري كان يتساهل كثيراً في استخلاص الخطأ من الوقائع . وقد جاء في الموجز للوآلف (قصة ٣٧٢ من ٢٧٨) في هذا المعنى ما يأتي : « بالقضاء المصري يتشدد في إلزام من يكون الشيء في حراسته باليقظة والانتباه (استئناف وطني في ١٩ مايو سنة ١٩١٤ التراجع ١ من ٢٤٦ — وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ من ١١ — استئناف مخطط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٨٠ — وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ من ٢٠ — وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ من ٤١ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤٩١ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٣٥ من ٣٥٨) — ثم هو يتساهل في تخفيف عبء الإثبات على المصاب (استئناف مخطط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤١٥ — وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٥) — فهو في الواقع يتبدل بالثبوت القانوني الذي يجسها القضاء الفرنسي قرينة قضائية —

- من حيث النصوص القانونية - أن يجد ما يساعده على دعم نظرية جديدة

= يستخلصها من وقائع الدعوى (استئناف مخطط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ جلزيت ٢٠ رقم ١٨٤ ص ١٦٩) . وانظر أيضاً في هذا المقطع : استئناف مصر الوطنية في ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ المجلد ١٥ رقم ١٥٦/٢ ص ٣٢٦ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٣٥ المجلد ١٦ رقم ٤٠٨ ص ٨٩٢ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المجلد ١٩ رقم ٣٣٥ ص ٨٢٤ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المجلد ١٩ رقم ٣٤٥ ص ٨٤١ - استئناف مخطط في ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ - وفي ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٨ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٠ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٨ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٩٣ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥ - وقد قضت محكمة التمييز بأنه لما قضت محكمة الموضوع بإلزام وزارة الأشغال السوفية بوجوب الضرر الثاني - من الخلل الذي أحدثته في منزل المدعى بسرب المياه إليه نتيجة كسر أنابيبها ، وأسست تمررها خطأ الزلزلة على جميعها في مرحلة الأنايب وملاحقتها ومهمتها في ملئ الأرض والكشف عليها من آن لآخر فلما أكد من سلامتها ودوام صلاحيتها ، فيها الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (على مدنى في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٧ بمجموعة ص ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

ومما يمكن من أمر ، فإن القضاء المصري كان يصرح بوجوب إثبات الخطأ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن القانون المدني المخطط لا يعرف لا المسؤولية الادبية ولا المسؤولية القائمة على خطأ مفترض عن الأشياء غير المية (استئناف مخطط في ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦) ، وقضت أيضاً بأن المسؤولية عن الأشياء غير المية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل يجب على الضرر إثبات الخطأ ، وتقوم القرائن القضائية مقام القرائن القانونية (استئناف مخطط في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٩ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤) . وكان لابد من إثبات خطأ في المسؤولية عن المريق (استئناف مخطط في ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٢ - وفي ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١) ، وهذا هو أيضاً ما نص عليه قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا ، أما في القانون المدني الجديد في مصر فالمسؤولية عن الأشياء التي تحتاج حراستها إلى غاية تقوم على خطأ مفترض حتى لو كان الضرر قد نجم عن المريق . وكان لابد من إثبات خطأ أيضاً في المسؤولية عن السيارات ومركبات النقل (استئناف مخطط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٤ - وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٩ جلزيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جلزيت ٢٠ رقم ١٩٣ ص ١٨٢ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جلزيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ - وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جلزيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١) .

مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسي (١).

فجاء القانون المدني الجديد بالنص المطلوب . وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية ، وحاجات الصناعات الناشئة ، فلم يطلق المسؤولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء ، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التي تتطلب حراسها عناية خاصة . وهي مرحلة من مراحل التطور مر بها القضاء الفرنسي كما رأينا . قصت المادة ١٧٨ من هذا القانون على ما يأتي :

« كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراسها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يده فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة (٢) » .

(١) وقد جاء في هذا السبيل في الموجز المؤرخ بما يأتي : « ولكن القضاء المصري في مجموعه — أحياناً كان أو خطأ — لا يزال يرى أن المسؤولية عن الشيء لا تنطبق إلا إذا ثبت خطأ في جانب المارسل . فهو لا يزال في الحلكة التي كان عليها القضاء الفرنسي قبل تطوره الأخير في أواخر القرن التاسع عشر . وهو في الواقع من الأمر لا يستطيع — من حيث النصوص القانونية — أن يجد ما يساعده على تدعيم نظرية جديدة مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسي . بل هو ليس في حاجة — في الوقت الحاضر — إلى هذه النظرية الجديدة . فالظروف الاقتصادية في مصر تختلف عنها في فرنسا : الصناعة لا تزال في عهد الفتوة ، والآلات الميكانيكية لم تبلغ من الكثرة ما يجعلها خطراً خاصاً على الحياة الاجتماعية ، بل إن الصناعة الناشئة في مصر تتطابق أول عهداً أن تصبح ، لا أن يقل القضاء كاهلها بالتشدد في مسؤولية أصحاب المصانع ، سيما أن تعدد المسؤولية يقتضي تهم ظلم التأين ، حتى تستطيع أصحاب المصانع أن تواجه ما تخلف به من خسائر فادحة ترتب على هذا التشديد . على أنه إذا وجد في حالة مصر الاقتصادية ما يستدعي التشديد في المسؤولية عن الأشياء ، إما لحماية طاقة مستفخة هي طاقة الهال ، أو لرد الماطر من ازدياد وسائل النقل وتكاثر السيارات وغيرها ، فإن القضاء المصري قد طالع الأمر في جزم وحكمة ، فاستلنى عن الفرية القانونية التي قال بها القضاء الفرنسي بقرينة قضائية ، أسرع ما يكون إلى استخلاصها إذا كانت الظروف تستدعي ذلك » (الموجز المؤرخ قرة ٣٦٦ ص ٢٧٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٧ من المشروع الجمهوري على الوجه الآتي : « كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراسها عناية خاصة يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يده فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » . وقد أقرت لجنة المراجعة —

وهذه الأحكام التي استحدثها القانون المدني الجديد ليس لها أثر رجعي فهي لا تسمى إلا على الحوادث التي تقع ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر

المادة على أصلها ، وأصبح فيها ١٨٢ في الشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، قررت الأغلبية في أول الأمر حذف المادة اكتفاء بما تقرره القواعد العامة والأحكام الخاصة في قوانين الصل : ثم رأت اللجنة بعد ذلك أن تنقل إلى الفقيه من موقعها الأول ، فعدلت النص على الوجه الآتي : « يكون الشخص مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الواقعة في حراسته إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان خطأً بالضرورة أو بخل النهر أو بقوة ظاهرة أو حادث غائي ، هذا مع عدم الإخلال بما ورد في ذلك من أحكام خاصة . فخلت النص عما ينصرف إلى الأشياء جيباً ، سواء ما كان من قبل الآلات الميكانيكية أم غيرها . ثم عدلت اللجنة أخيراً إلى النص الأصلي فأقرته مع تعديله تعديلاً طفيفاً بأن قدمت عبارة « أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة » على عبارة « آلات ميكانيكية » ليكون المعنى أكثر وضوحاً . وبذلك انتهت اللجنة إلى قصر نطاق النص على الآلات الميكانيكية وما يتطلب من الأشياء عناية خاصة في الحراسة ، كما كان الأمر في الشروع التمهيدى . وأصبح رقم المادة ١٧٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٣٤ - ١٣٨).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « لم يورد الفقيه المصرى (القديم) أى نص يتعلق بالمسئولية عن الحوادث . ولذا فذلك عهد القضاء المصرى إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها ، كما فعل في المسئولية عن البناء ، فجل ترتيبها معقوداً بإطاعة الدليل على وقوع خطأ من حارس الشيء . ولكنه جرى على التسامح كل التسامح في استخلاص هذا الخطأ . فهو يكتفى بأقل إهمال ، بل بمجرد العلم بما ينطوى في الشيء من أسباب الخطر ، القول بوقوع الخطأ الذى تنفى إطاعة الدليل عليه . وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على الخطأ ، يستبش بها عما تحرر الصوم من قرائن قانونية في هذا الصدد . فليس من العدل في شيء مثلاً أن يبقى عبء الإثبات على المضرور في حادث من حوادث السيارات ، إذ يتطلب أن يتحتم عليه عملاً أن يبين كيفية وقوع الحادث ، وليس شك في أن سائق السيارة أقدر من غيره على تجنب ما وقع . ولهذا الملة اختار المصروع فكرة الخطأ المقروص ، تحقياً في ذلك أثر التشريعات الأجنبية ، بل وأثر القضاء الفرنسى فيه في مراحل تطوره الأخيرة . على أن المصروع لم يمس في هذا السبيل أقصى من غايته . بل اجتزأ بما يحميه أحوال البلاد في المرحلة الراهنة من حياتنا الاقتصادية . فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسى في الحديث من أحكامه فيما يتعلق بإطاعة حكم هذه المسئولية على الحوادث بجميع أنواعها ، بل اقتصر على الآلات الميكانيكية . ويوجه عام على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة . وبديهى أن هذا التخصيص قصد به لدى قصر الحكم على تلك الأشياء التي تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها . وبهذا يكون من الميسور تصور إطاعة قرينة على خطأ في الحراسة : أخطر في هذا المعنى اللاتين ١٥٢ و ١٥٣ من الفقيه اللبناني والمادة ١٣١ من الفقيه البولونى . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٣٥ - ص ١٣٦).

سنة ١٩٤٩ ، أى منذ قفاذ القانون الجديد . والعبرة هنا ، كما فى قواعد المسؤولية عن البناء ، بتاريخ وقوع الضرر الذى ينبجم عن فعل الشيء ، فإذا وقع هنا الضرر فى تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذى ينطبق ، وإلا فالقانون الجديد .

ونبحث الآن- كما بحثنا فى الحالات الأخرى- متى تتحقق مسؤولية حارس الأشياء ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية ، تطبيقاً للأحكام التى استحدثها القانون المدنى الجديد .

المطلب الأول

متى تتحقق مسؤولية حارس الأشياء

٧٢٤- **شرطه تفضى المسؤولية** : تتحقق المسؤولية بتولى شخص حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشيء . فعند ذلك يكون حارس الشيء مسئولاً عن هذا الضرر . فتتحقق المسؤولية بطرزم إذن توافر شرطين : (١) أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢) أن يقع الضرر بفعل الشيء .

١٤- **حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية**

٧٢٥- **تحليل هذا الشرط** : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص حراسة شيء . فبين معنى الحراسة وما هو المقصود بالشيء .

٧٢٦- **الحراسة** : حددنا الحراسة فيما تقدم . فهى ليست فى يد مالك الشيء ضرورة ، ولا فى يد حائره ، ولا فى يد المتضع به . إنما الحراسة هى السيطرة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً ، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند .

والمفروض أن المالك هو حارس الشيء ، وعليه هو ، إذا وقعت ضده دهرى المسؤولية ، أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث .

ويقى المالك حارساً حتى لو أفلت الشيء من يده ما دام لم يتخل عنه (abandon). فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة (res nullius) زالت حراسته، ولم تنتقل الحراسة إلى أحد. وإذا كان المالك قد ملك بمقد بيع، فالبائع قبل التسليم هو الحارس، ويصبح الحارس هو المشتري بسلام الشيء إليه. ولو كان عقد البيع باطلاً أو قابلاً للإبطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية وتسلم المشتري الشيء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنتقل إليه الملكية، لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية. والمالك تحت شرط فاسخ أو واقف يعتبر حارساً ما دامت له السيطرة الفعلية على الشيء.

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستفيع (usufruitier) والمرتهن رهن حيازة والحائز بنية التمكك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية، ما دامت السيطرة الفعلية على الشيء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء. فسارق الشيء يعتبر حارساً له، أما مالك الشيء المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولاً بمقتضى الخطأ المقرض، ثم لا يكون مسئولاً إذا ثبت في جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشيء لانقطاع علاقة السببية ما بين هذا الإهمال والضرر. أما المستأجر والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فتنتقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشيء، ويجب أن يقع ذلك في المقتول (١).

والتابع لا يعتبر في العادة حارساً للشيء، فحارس السيارة هو في الأصل مالكها حتى لو كان لها سائق، وحتى لو قاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها. فإذا ثبت خطأ في جانب السائق، أمكت مساهلة صاحب السيارة إما باعتباره متبوعاً ثبت خطأ تابعه، وإما باعتباره حارساً مفترضاً في جانبه الخطأ. وإذا لم يثبت خطأ في جانب السائق، لم يبق إلا مساهلة صاحب السيارة باعتباره حارساً. وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة القطعية

(١) على أنه إذا أيجرت سيارة بملكها، فإن المير في هذه الحالة يتبقى المراساة عادة. وقد قضت محكمة النقض بأن المير لسيارة بملكها يكون مسئولاً عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا الإهمال حادث في أثناء قيادته في مدة الاستئجار (مخى في ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحللة ١١ رقم ٤٦٤ من ١٩٣٢).

على السيارة ، فيصبح التابع في هذه الحالة هو الحارس . وفي جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه ، وقاد السيارة لمصلحة الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها ، فإنه يعتبر في هذه الحالة حارساً ويكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض ، ويكون صاحب السيارة مسئولاً باعتباره متبوعاً .

وإذا أودعت السيارة في «الجراج» ، فإن كان صاحب «الجراج» له السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس ، وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة . وكذلك الأمر إذا ترك صاحب السيارة سيارته في مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف ، ويقلب في هذه الحالة أن تبقى السيارة في حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل المشرف (١) .

والسيارة إذا سلمت إلى ميكانيكي لإصلاحها تنتقل في الغالب حراستها إليه ، لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها . ولا يبقى صاحب السيارة حارساً في هذه الحالة ، إلا إذا أبقى السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها .

ومن يتعلم القيادة لا يكون حارساً للسيارة . والحارس هو المعلم . وإذا خالف المتعلم لإرشادات معلمه وتوجيهاته ، كان هذا خطأ ثابتاً في جانبه . أما المتحن لمن تعلم القيادة فلا يكون حارساً ، والمتعلم هو الذى يستبقى الحراسة .

٧٧٧- الشيء : كل شيء مادي غير حي فيها عدا البناء يدخل في هذا النطاق ما دامت حراسته تقتضى عناية خاصة .

فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل في النطاق المتقدم الذكر . وقد سبق تحديد المسؤولية عن الحيوان وعن البناء . والمسئولية عن الحيوان لا تختلف في أحكامها من حيث الخطأ المفترض عن أحكام المسؤولية عن

(١) وعمل المشرف هو أن يتبقى السيارة في مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية . وأما أضرار السيارة وآلاتها فتبقى في حراسة صاحبها . فإذا قل شخص السيارة من مكان إلى آخر ، ولو من غير علم المشرف ، فأحدث ضرراً ، كان المشرف هو المسئول . وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً ، فإن المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة .

الأشياء . أما لمسئولية عن البناء فتختلف ، وقد قلنا أن اللطافيا ذوشقين ، أحدهما مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، والاخر مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ومن ثم وجب التمييز في الشيء بين ما إذا كان بناءً أو غير بناء . إذن كان بناء ، استبعدت أحكام المسئولية عن الأشياء ، وقام خطأ مفترض ذو شقين على النحو الذى بيناه . وإن كان غير بناء وكانت حراسته تقتضى عناية خاصة ، طبقت أحكام المسئولية عن الأشياء ، وقام خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على النحو الذى سنفيه .

ويعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ الآلات الميكانيكية إطلاقاً . ولم يشترط القانون في الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراسها عناية خاصة كما اشترط ذلك في غيرها ، لأن هذه الآلات تتحرك بحرك ذاتي ، فافترض القانون لذلك أن حراسها تتطلب دائماً عناية خاصة .

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة . وسرى فيما على متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ، كما سرى أن فكرة العناية الخاصة هي فكرة نسبية ، فالشيء الواحد قد تستدعى حراسته عناية خاصة أو لا تستدعى هذه العناية بحسب ما يختلف عليه من وضع .

ويستوى أن يكون الشيء منقولاً ، أو عقاراً بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخفضت والمباني إذا بجم الضرر لا عن تهديها ، أو عقاراً بالتخصيص كالمصاعد والآلات الزراعية أو الصناعة المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع . ولا يدخل الشيء المباح (res nullius) ، إذ ليس له حارس يكون مسئولاً عنه .

٢٥ - وقوع الضرر بفعل الشيء

٧٢٨ - التزمّل الإيجابي : يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء

(fait de la chose) . ولا يكفي في ذلك تدخل الشيء تدخل سلبياً . فإذا وقعت عربة في المكان المعتاد للوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة ، أو كانت شجرة ثابتة في مكانها لم تقطعها الريح فصر فيها أحد المارة وأصيب

بضرر من ذلك ، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي لا تتحرك فاصطدم بها شخص فجرح ، كانت هذه كلها أوضاعاً سلبية للشيء ، ولا يمكن القول في مثل هذه الحالات إن الضرر الذي وقع هو من فعل الشيء ، لأن الشيء لم يتدخل لتدخل إيجابياً في إحداث الضرر ، بل كان تدخله سلبياً عضواً .

أما إذا كانت العربة تسير أو كانت واقفة ولكن في غير وضعها الطبيعي ، أو كانت الشجرة قد اقتطعتا الريح قلقت بها في عرض الطريق ، أو كانت الآلة الميكانيكية في غير مكانها الطبيعي أو كانت تتحرك ، فإن الضرر يكون في هذه الحالات من فعل الشيء ، وقد تدخل الشيء تدخل إيجابياً في إحداثه .

ويمكن القول إن الشيء تدخل تدخل إيجابياً في إحداث الضرر ، إذا كان هذا الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر (١).

والمفروض ، إذا أحدث الشيء ضرراً ، أن الشيء قد تدخل تدخل إيجابياً في إحداثه . والمسئول هو الذي عليه أن يثبت أن الشيء لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخل سلبياً ، فيفتي بذلك افراض الخطأ ، ولا تتحقق المسؤولية إلا بإثبات خطأ في جانب المسئول .

٧٢٩- **حرم ضرورة الاتصال المادي المباشر:** والتدخل الإيجابي لا يستلزم الاتصال المادي المباشر . فقد لا يتصل الشيء اتصالاً مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر ، ومع ذلك يتدخل تدخل إيجابياً في إحداث الضرر . فإذا سارت عربة بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمس العربة ، وإذا وقعت عربة وقوفاً فجائياً وكانت عربة تسير ورامها فاضطرت إلى تضادى الاصطدام بها بأن انحرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة ، وإذا سدت عربة متافذ الطريق على راكب مotosيكل فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض ، ففي كل هذه الحالات تدخل الشيء تدخل إيجابياً في إحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشيء المضرور أو يتصل به اتصالاً مادياً مباشراً .

٧٣٠- فعل الشيء وفعل الإنسان: وتجب التفة في التميز بين فعل الشيء وفعل الإنسان (fait de l'homme). ذلك أن المسئولية عن فعل الشيء تقوم على خطأ مفترض ، أما المسئولية عن فعل الإنسان فتقوم على خطأ واجب الإثبات . ومن ثم كان الفرق كبيراً بين المسئولين ، ووجب البحث عن معيار للتمييز فيما بينهما .

وقد سار القضاء الفرنسي مراحل متعاقبة في طريقه إلى هذا التمييز . ففي المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا نجم عن فعل ذاتي للشيء (fait autonome de la chose). ويتحقق ذلك في أحد فرضين : (١) إذا وقع الضرر من الشيء وهو غير محرك بيد الإنسان . (٢) إذا وقع الضرر من الشيء وهو محرك بيد الإنسان ، ولكن الشيء انطوى على عيب ذاتي كان هو السبب في وقوع الضرر - ولكن هذا المعيار لم يكن مرضياً ، فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان ، ويقضى بوجود إثبات الخطأ ، في حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ ، وهي حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتي . فهذه حالة لا تدخل في الحالتين اللتين يعتبر الضرر فيهما من فعل الشيء ، فيجب فيها إثبات الخطأ في جانب السائق ، وهو أمر متعذر في الكثرة الغالبة من الحوادث (١) . وقد أخذ القضاء الفرنسي يتذبذب في الأخذ بهذا المعيار وفي تركه ، حتى صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية صريح في تركه ، وفي اعتبار الضرر من فعل الشيء حتى لو كان هذا الشيء محركاً بيد الإنسان ولم يكن به عيب ذاتي . فسائق السيارة إذا أحدث ضرراً وهو يسوق السيارة يكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، لأن السيارة في حاجة إلى الحراسة لما ينجم عنها من الخطر (٢) .

وعلى هذا النحو استبدلت محكمة النقض الفرنسية ، في المرحلة الثانية ، معياراً بمعيار . وجعلت معيارها الجديد في حكم لها مشهور صدر في

(١) على أن هناك أشياء تحركها يد الإنسان ، ويسوغ أن افتراض الخطأ فيها لا ينبغي أن يقوم ، لأنها إنما تتحرك طوعاً لإرادة رجال فنيين إذا أخطأوا وجب اعتبار الخطأ من ملهمهم لا من فعل هذه الأشياء . مثل ذلك مضغ المرحاح وآلات الأشعة .

(٢) وواضح أن أهم الحوادث التي يطين فيها الخطأ المفترض هي حوادث السيارات .

٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ (١) ، أن يكون الشيء في ذاته خطراً بحيث يحتاج إلى الحراسة . وهذا المعيار قريب جداً من المعيار الذي أخذ به القانون المصري الجديد ، حيث يقول في المادة ١٧٨ : « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ... » (٢) . وبني معيار « الشيء الخطر » تتداوله الفقهاء والمحاكم لتأييده أو لتفنيده ، وظل الأمر كذلك مدة قصيرة ، حتى طلعت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها الجمعية بحكم مشهور صدر في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ (٣) ، قضت فيه على

(١) دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٧ مع تطبيق ريبير - سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ مع تطبيق إسمن . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، وإنما يكفي أن يكون الشيء خاضعاً لحراسة واجبة ، وذلك بسبب ما يمكن أن يمرض له الناس من الأخطار » . « *mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde, en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui.* »

(٢) ومعيار الشيء الخطر قال به الأستاذ ريبير ، ولا يزال يقول به — وهذا وينكر الأستاذان ملزو أن يكون الشيء قصدي إليه محكمة النقض في حكمها هذا هو معيار الشيء الخطر . فالمحكمة إنما قالت إن المسؤولية التي تقوم على خطأ مفترض تتأسس على حاجة الشيء للحراسة لا يمرض الناس له من الخطر . فهي لا تميز بين الشيء الخطر والشيء غير الخطر ، بل تفسر حاجة الشيء للحراسة ، فتربحها إلى ما يمرض الشيء له الناس من الخطر (ملزو ٢ قرعة ١٢٢٩) .

(٣) دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٥٧ مع مذكرة ماتييه (Matiere) وتطبيق ريبير - سيريه ١٩٣٠ - ١ - ١٢١ مع تطبيق إسمن . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن الحكم المصنوع فيه قد رفض تطبيق النص المتعار إليه (م ١٣٨٤ قرعة ١) بدعوى أن الحادث الذي تسببه سيارة تتحرك بدفع وتوجيه من يد الإنسان ، لا يكون من فعل الشيء تحت الحراسة وفقاً للمادة ١٣٨٤ قرعة أولى ، ما دام لم يثبت حلقاً أن الحادث يرجع إلى عيب ذاتي في السيارة ، ومن ثم يجب على الضرر الحصول على توفيق ما أصابه من الضرر أن يثبت خطأ في جانب السائق . ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء الذي أحدث الضرر محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون منطوقاً على عيب في طبيعته يكون من شأنه أن يحدث الضرر ، فإن المادة ١٣٨٤ تربط المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشيء ذاته » .

« (Que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé (art. 1384 § 1.) »

معيار والشيء الخطر ، فلم تردده في أسباب حكمها ، بل ربطت المسئولية القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة (à la garde de la chose) ، لا بالشيء ذاته خطراً كان أو غير خطر .

فأخذ الفقهاء ، في مرحلة ثالثة ، يحلون فكرة الجراسة . وذهب الأستاذان مازو إلى تمييز بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique) . فالحراسة المادية هي السيطرة الفعلية على الشيء ، أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء وبمنه من أن يكون مصدر ضرر لثالث . ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية ، ويستبقى صاحب الشيء المسروق الحراسة القانونية ، فيكون ، هو دون السارق ، المسئول عن الشيء المسروق .

ثم عدل الأستاذان مازو عن هذا الرأي ، في المرحلة الرابعة وهي المرحلة الحالية ، بعد أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المتجمة ، في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (١) ، حكماً آخر لا يقل أهمية عن الحكم المتقدم ، قالت فيه إن السارق يعتبر حارساً للشيء المسروق ، ويكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من الضرر بناء على خطأ مفترض في جتابه . واعتبر الأستاذان

== par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384 §1, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable; mais, attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même.

(١) دالوز ١٩٤٢ - ١ - ٢٥ مع تعليق ريبير - سيريه ١٩٤١ - ١ - ٢١٧ مع تعليق هنري ملزو .

مازرو والجمهرة من الفقهاء أن حراسة الشيء ، كحراسة الحيوان ، هي السيطرة الفعلية على الشيء والقدرة على التصرف في أمره ، مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة . فالسارق يعتبر حارساً للشيء المسروق لأية سيطر عليه سيطرة فعلية ، وإن كانت سيطرته غير مشروعة . ومالك الشيء إذا كان حائزاً له يعتبر حارساً لأن له السيطرة الفعلية عليه ، وهي سيطرة مشروعة . ويرتب الأستاذان مازرو على هذا التحليل أن الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا كان الشيء قد أحدث الضرر وهو مفلت من زمام حارسه . ذلك أن الحارس ما دام قابضاً على زمام الشيء ، فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشيء ، ولا يكون مسئولاً في هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . أما إذا أفلت الشيء من سيطرة الحارس ، وخرج زمامه من يده . وأحدث ضرراً ، كان الضرر من فعل الشيء لا من فعل الحارس ، ويكون هنا مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض (١) . وعندما يطبق الأستاذان معيارهما الجديد ، « إفلت زمام الشيء من سيطرة الحارس » ، ينحبان إلى أن الشيء إذا أحدث ضرراً ، فالفروض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس وأن الضرر قد حدث بفعل الشيء ، ما لم يكن الحارس قد وجه الشيء قصداً إلى إحداث الضرر ، فهنا يعتبر الضرر قد حدث بفعل الحارس (٢) . ومن ثم فكل ضرر يحدث يتدخل إيجابياً من الشيء ، ولم يكن مقصوداً من حارسه : يعتبر أنه قد حدث « بفعل الشيء » (٣) .

٧٣١- القانون المدني الجديد : والقانون المدني الجديد يخطئ المفترض بحراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائماً .
لذلك لسننا في حاجة إلى إجهاد النصوص لتحديد الفكرة التي يقوم عليها الخطأ المفترض في المسؤولية عن الأشياء في القانون الجديد . فهذا الخطأ المفترض يقوم على فكرة « العناية الخاصة » التي تتطلبها حراسة الشيء . ولا يجوز اعتبار

(١) مازرو ٢قرة ١٢٤٩ .

(٢) مازرو ٢قرة ١٢٥٦ .

(٣) مازرو ٢قرة ١٢٥٦ ص ٢١٨ .

أن الضرر قد حدث بفعل الشيء إلا في حالتين : (الأولى) أن يكون هذا الشيء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر ، أى كانت في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . (والثانية) أن يكون هذا الشيء ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضى عناية خاصة . وهذا أقرب ما يكون إلى معيار «الشيء الخطر» كما قلنا . فإذا كان الشيء في حراسة شخص ، وكانت هذه الحراسة تقتضى عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشيء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته ، ثم أحدث الشيء ضررًا ، فإنه يفترض أن الحارس قد قصر في بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشيء من يده ، فأحدث الضرر . أما إذا كانت الحراسة لا تقتضى عناية خاصة ، فلا يفترض أن الحارس قد قصر في بذل العناية الواجبة ، بل يجب على المضرور أن يقدم الدليل على هذا التقصير .

يبقى بعد ذلك أن نعرف متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ؟ قلنا أنه يجب في ذلك الرجوع إلى طبيعة الشيء ، ثم إلى ظروفه وملابساته . ويرتب على ذلك أنه متى كانت طبيعة الشيء تقتضى عناية خاصة قام الخطأ المفترض . على أنه يلاحظ أن الآلات الميكانيكية ، كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية والقاطرات البخارية والكهربائية والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد ، يفرض القانون بالنص أن حراستها تحتاج إلى عناية خاصة ، نظرًا لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتي (dynamisme propre) . وليست الآلات الميكانيكية وحدها هي التي تحتاج حراستها إلى عناية خاصة نظرًا لطبيعتها . بل توجد أشياء أخرى غير ميكانيكية تقتضى طبيعتها أن تكون في نفس الوضع . مثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية على اختلاف أنواعها والأسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية والأدوية الطبية والزجاج والمصابيح والفوس والمناجل والمفرقات وما إلى ذلك (١) .

على أن الشيء قد لا تقتضى حراسته عناية خاصة بالنظر إلى طبيعته ، ولكن

(١) وإذا انفجرت مواد ملتهبة فثبت حريق من جراء هذا الانفجار ، كان الحارس مسؤولاً بخصي خطأ مفترض . وق فرنا لا يكون مسؤولاً إلا إذا ثبت خطأ بخصي قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ .

الظروف والملاسات التي وجد فيها تجمل هذه الحراسة في حاجة إلى عناية خاصة . فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر ، كل هذه ليست أشياء خطيرة بطبيعتها ، ولكن قد تصبح خطيرة في ظروف معينة . فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شيء خطر ، وهي ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات . والشجرة ليست خطيرة ما دامت في وضعها الطبيعي ، فإذا انقلبت الريح ودمت بها في عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً . والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجمل الاتزلاق عليه أمراً محتملاً . والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل في وضع بحيث ترتطم به الناس . وهذا هو الشأن في الرمال إذا انهارت ، وفي الصخر إذا انحدر (١) .

ومن ذلك نرى أن الشيء يقتضى حراسة عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملاساته . وهو يصبح خطراً بملاساته إذا كان في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، أى إذا تدخل تدخلات إيجابية في إحداث الضرر . وهنا يتلاقى القضاء الفرنسي مع نصوص القانون المصري الجديد (٢) .

المطلب الثاني

على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء

٧٣٧-سألتهم: متى عرفت مسئولية حارس الشيء على النحو الذى قدمناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مقترض في جانب الحارس . فنبين

(١) أفتقر في تعليقات أخرى متنوعة ملزوم ٢ فقرة ١٢٥٨ - فقرة ١٢٧٠ .

(٢) ويترض الأستاذان ملزوم على مثل هذا الرأي (أنظر ملزوم ٢ فقرة ١٧٣٩) . وما يولان إن كل شيء قد يصبح خطراً في ظروف معينة . وهذا صحيح . وهو منذ أصبح خطراً يجام هذه الظروف تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . فإذا أحدث ضرراً غير مقصود ، فرض أن زملعه قد أخط من يد الماروس . فربح الأمر إذن إلى «النظر النسبي للأشياء» بالنسبة إلى الظروف الملازمة ، وما إذا كان الشيء قد جعل في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث ضرراً ، فتدقق تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . وهنا هو عين ما يقوله الأستاذان في شرح القضاء الفرنسي . فهنا كما رأينا يرجعان بد إسهاب طويل إلى فكرة التمثل الإيجابي . وليست هذه الفكرة إلا فكرة الشيء «النظر بالنسبة إلى وضعه وملاساته» .

الآن ما هو هذا الخطأ ، وإلى أي حد هو مفترض .

١٤ - ما هو الخطأ

٧٣٣- **خطأ في الحراسة** : الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء ، كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان ، هو خطأ في الحراسة (*faute de garde*) . فإذا ألحق الشيء ضرراً بالغير ، كان المفروض أن زمام هذا الشيء قد أفلت من يد حارسه ، وهذا هو الخطأ .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطأ في الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم ، اخترعته الصياغة القانونية ليخفي تحته الواقع ، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاماً ، وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التلصص منه . والأولى أن يقال إن المسئولية هنا قد فرضها القانون ، وأقامها على أساس من تحمل التبعة . ذلك أن المسئول هو الذي أتى إلى المجتمع بشيء يصح أن يكون مصدراً للضرر ، واضع به ، فإذا ما وقع الضرر فعلا وجب أن يتحمل تبعته (١) . والرد على نظرية تحمل التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية في المسئولية عن الحيوان . فلا يمكن القول إن أساس المسئولية عن الشيء هو تحمل التبعة ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالشيء لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية لإثبات السبب الأجنبي .

٧٣٤- **ما الذي يقتضيه الضرر** : والضرر لا يكلف إثبات الخطأ لأنه مفترض ، ولكنه يكلف إثبات الشروط التي تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء . فيجب عليه أن يثبت أولاً أن المدعى عليه هو حارس الشيء الذي أحدث الضرر ، والمفروض هنا أن الحارس هو المالك ، إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشيء قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر ، وعندئذ يكون هذا الشخص هو المسئول . ويجب على المضرور أيضاً أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية ، والمفروض كما قلنا أن الشيء قد تدخل تدخلت لإعياها

(١) انظر في هذا المني جوسران ٢ فقرة ٥٥٢ .

في إحداث الضرر ، إلى أن يقيم الحارس الدليل على أن التدخل لم يكن إلا سلباً .

٢٤ - إلى أي حد هو مقترض

٧٣٥ - الافتراضية لا يقبل إثبات العكس : الخطأ هنا مقترض افتراضاً

لا يقبل إثبات العكس ، كالخطأ المقترض في جانب حارس الحيوان .
فلا يجوز إذن للحارس أن ينفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يفلت زمام الشيء من يده . وقد كان القضاء الفرنسي في أولى مراحل تدرجه يجعل الخطأ مقترضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، ويميز للحارس أن ينفي الخطأ . ثم تدرج إلى جعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، فلم يعد الحارس يستطيع أن ينفي الخطأ عن نفسه (١) .

وقد كانت هذه المسألة هي الميدان الذي هاجم فيه أنصار نظرية تحمل التبعة نظرية الخطأ المقترض . فقد اعترضوا كما رأينا على فكرة الخطأ المقترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وقالوا إن الخطأ إذا افترض وجب أن يكون الافتراض قابلاً لإثبات العكس . ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب خطأ ، فللصاق الخطأ به بالرغم من ذلك ليس إلا تحايلاً لإقامة المسؤولية على أساس خطأ وهمي لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه . وهذا ما دعا محكمة النقض الفرنسية إلى أن تتحدث ، في حكمها الذي أصدرته في دوائرها الجمعية في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ ، عن «افتراض المسؤولية» (présomption de responsabilité) ، لا عن «افتراض الخطأ» (présomption de faute) . ويرد الأستاذان مازو على هذا الاعتراض بأن الخطأ الذي قامت عليه مسؤولية حارس الشيء هو خطأ في الحراسة . والأصل في ذلك أن كل حارس يلتزم قانوناً بالآلا يجعل زمام الشيء يفلت من يده حتى لا يصاب أحد بضرر . وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، لا التزام ببذل غاية (obligation de moyen) . فإذا أفلت زمام الشيء من يد حارسه ، فقد

(١) أنظر تصيل ذلك في مازو ٢قرة ١٢٩٧ .

وقع الخطأ ، ولا سبيل بعد ذلك إلى تقييد إثبات العكس (١) .

وقرر هنسا ما قررناه في المسئولية عن الحيوان من أن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب . وقد قلنا أن المضروب هو الذي ينتفع بهذا الافتراض ولا يضر به ، فلا يجوز أن يمتنع به عليه . كذلك لا يقوم افتراض الخطأ إذا أحدث الشيء الضرر لذاته (٢) . وقد تجتمع مسئولية حارس الشيء مع مسئولية المتبوع في شخص واحد . فإذا كان مالك الشيء قد دفعه إلى تابعه واحتفظ بالحراسة ، وألقى الشيء ضرراً بالغير ، فإن المالك هنا يكون مسئولاً بأحد احتيارين : إما باعتباره حارساً فيكون الخطأ مفترضاً في جانبه ، وإما باعتباره متبوعاً فيجب إثبات الخطأ في جانب التابع حتى يقوم الخطأ للمفترض في جانب المتبوع . والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين الحارس والمضروب . فأمين الثقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب ، والطبيب وهو ملزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة في علاج المريض ، لا يكونان مسئولين مسئولية تقصيرية بمقتضى خطأ مفترض ، بل هما مسئولان بمقتضى العقد مسئولية عقدية ، وقد مر بيان ذلك . وإذا قام عقد بين التابع والمتبوع يرتب التزاماً على المتبوع بضمان سلامة التابع ، وأصاب شيء في حراسة المتبوع التابع بالضرر ، كانت مسئولية المتبوع مسئولية عقدية ، لا مسئولية تقصيرية . فإن كان العقد لا يرتب التزاماً بضمان سلامة التابع ، أو إذا لم يوجد عقد أصلاً بين التابع والمتبوع ، كان المتبوع مسئولاً مسئولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض .

وحارس الشيء كحارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسئوليته تقوم على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه .

(١) أنظر ملزو ٢ فقرة ١٣١٥ وقررة ١٣١٨ وقررة ١٣٢٠ وقررة ١٣٢٦ وقررة ١٣٢٧ — وبالأخص أن القضاء الفرنسي عند ما تكلم عن افتراض المسئولية ، جعل القروض هو علاقة الجبلة لا الخطأ ، حتى لا يصطدم بالمادة ١٣٥٢ من القانون المدني الفرنسي ، والبيعة هنا مفترضة لقراءة فابلا لإثبات العكس ، وهي تنفي إثبات الجبلة الأجنبية .

(٢) ملزو ٢ فقرة ١٢٧٢ — ٢ .

٧٣٦- جواز تنفي المسؤولية عن موقرة السببية: ولما كان حارس الشيء لا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنى الخطأ على النحو الذي بيناه ، لم يبق أمامه للدفع المسؤولية إلا أن يبنى علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع . وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي قوة قاهرة أو حادث مفاجيء أو خطأ المصاب أو خطأ الغير . وهنا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨ إذ تقول : «... ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يدر له فيه » . ثم ينتهي النص بهذه العبارة : « هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » . ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسؤولية رب العمل عن حوادث العمل ، فهي مسؤولية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل تقوم على أساس تحمل التبعة

الباب الثالث

الأثر بلا سبب

(L'Enrichissement sans cause)

تمهيد

٧٣٧ - الأثر بلا سبب هو مصدر قديم من مصادر الالتزام :

كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به في حدود ما لحق الغير من خسارة. فإذا استولى شخص على ملك غيره ، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب قانوني . وأضافه إلى ملكه ولو بنية حسنة ، يكون قد أثرى دون سبب قانوني على حساب الغير ، فيلتزم برد أدنى القيمتين : ما أثرى به هو وما افقر به الغير .

وقاعدة الإثراء بلا سبب على هذا النحو التي يبناه تعتبر من أولى قواعد القانون . تمتد جذورها فتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعي . وهي في غير حاجة إلى تبرير . إذ تحمل في طياتها ما يعرفها . بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام في فجر التاريخ ، وهذا مبلغ حظها من البداية القانونية . وهي على كل حال مصدر للالتزام عاصر مصدر العمل غير المشروع . وهذا هو من المصادر الأولى التي عرفها القانون (١) .

٧٣٨ - على أنه قاعدة الأثر بلا سبب ، إذا كانت قد عرفت منذ

القديم ، فهي لم تعرف إلا على نحو غير متصل بالأجزاء : عرفها القانون الروماني لا كمبدأ عام تستخلص منه تطبيقاته المتنوعة ، بل كجزئيات متناثرة وفروض متفرقة تستعصى في حالات معددة ، دون أن يجمعها أصل مشترك أو تنظمها قاعدة عامة .

وكان حظ القاعدة في العصور الوسطى . سواء في القانون الفرنسي القديم أو في الفقه الإسلامي أو في القانون الإنجليزي . خطأ ضئيلاً لا يداني حتى هذا المجال المحدود الذي ظفرت به في القانون الروماني .

وتلقاها القانون الحديث تراثاً مبعثراً مشقت الأجزاء ، فبقيت مختلطة بغيرها

(١) جيرار (Girard) موجز القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ م ٦٤٢ وما بعدها.

من مصادر الالتزام دون أن تظفر بقوام ذاتي وكيان مستقل (١) ، حتى عهد قريب ، إذ تناولوا القضاء في فرنسا وفي مصر ، وتناولوا التقنيات الحديثة ، فارتسمت لها حدود معروفة للعالم واضحة للمدى . وكسبت القاعدة ذاتيتها ، وقامت مصدراً مستقلاً إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام . وسجل القانون المصري الجديد أقصى مرحلة وصلت إليها القاعدة في مراحل تدرجها .

ومن ثم يعني أن نتائج القاعدة في تطورها التاريخي .

التطور التاريخي لقاعدة الإثراء بلا سبب

القانون الروماني :

٧٣٩- طائفة من الدعاوى : عرف القانون الروماني طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلا سبب : دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب (*condictiones sine cause*) ودعاوى الإثراء بلا سبب (*action de in rem verso*). ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم تكن تباح إلا في حالات معينة حددت على سبيل الحصر . ولم يصل القانون الروماني إلى وضع قاعدة عامة تشمل على جميع الأحوال التي يجوز أن يتناولها الإثراء دون سبب . ونستعرض هاتين الطائفتين من الدعاوى .

٧٤٠- دعاوى استرداد ما دفع دون سبب : وهذه تشمل على الدعاوى

الآتية :

- ١ - دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق وهو يظن أن هذا الغير دائن له ، وتسمى (*condictio indebiti*)
- ٢ - دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق ، وتسمى (*condictio, cause date, cause non secutar*) .

(١) يشبهها الأستاذ ريبير (Ripert) في كتابه « القاعدة الأدبية » لسنة ١٩٣٣ بمجول من اللام يجرى تحت الأرض ، فيبين التواعد القانونية المحددة ما يشهد بوجوده ، ولكن المجول لا يظهر فوق الأرض أبداً .

٣ - دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لمتعه من القيام بعمل غير مشروع (كمنعه من ارتكاب جريمة) ، أو لدفعه إلى تلافى ما قام به من عمل غير مشروع (كدفعه إلى رد ما سرقه) . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob turpem causam) . فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين ، كما إذا تعاقد شخص مع آخر لدفعه إلى ارتكاب جريمة أو عمل من أعمال المهارة أو القامرة ، امتنع الاسترداد .

٤ - دعوى يسترد بها المفتر من الثرى ما افتر به على خلاف أحكام القانون ، كالمدين يسترد من دائته ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob iniuriam) . (causam)

٥ - دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له في أحوال معينة ، إذا كان السبب غير موجود أو كان لم يتحقق أو كان قد انقطع بعد أن تحقق . وهذه الدعوى تسمى (condictio sine causa) بمعناها الضيق . ولكنها لم تكن تباح إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر ، فلم تمتد إلى جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة . من ذلك أن المفتر لم يكن له من سبيل إلى الاسترداد في بعض الحالات ، كالمصروفات يتفقها الحائز لأرض الغير وهو حسن النية ، وكالأرض يفقدها مالكها بتحول مجرى النهر .

ويلاحظ في شأن دعاوى الاسترداد هذه أمور ثلاثة :

(الأمور الأول) أن ظهور هذه الدعاوى في القانون الروماني كان نتيجة للشكلياتية (formalisme) والتجرد (abstraction) اللذين انطوى عليهما التعامل في هذا القانون . فقد كان العقد يعتبر صحيحاً دون اعتبار لسببه ، حتى لو كان هذا السبب غير موجود أو كان غير مشروع ، ما دام العقد قد استوفى الشكل المقروض . وكانت الملكية تنقل طبقاً للأوضاع المرسومة حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أو غير مشروع . ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لو نفذ العقد وكان سببه غير موجود أو غير مشروع فيسترد المدين ما دفع ، وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أو غير مشروع فيسترد المالك ملكه وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في نظرية السبب .

(الأمر الثاني) أن كل هذه الدعاوى تتصل بعقد قائم ما بين المثرى والمقتض (negotium contractus) إذ هي في أصلها مشتقة من دعوى الاسترداد في عقد القرض (mutuum) (١)، فن أجل ذلك وجب أن تتصل بعقد. ومن ثم لم يكن هناك سبيل للحائز أن يسترد مبروفاته إذ هو لم يرتبط بعقد مع مالك الأرض (الأمر الثالث) أن الإثراء في هذه الدعاوى يجب أن يكون قد انتقل مباشرة من مال المقتض إلى مال المثرى دون وساطة أجنبي. فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة، وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفاً فيه، فإن الإثراء هنا يكون عملاً للطاقة الأخرى من الدعاوى وهي دعاوى الإثراء بلا سبب.

٧٤١- دعاوى الإثراء بلا سبب: وهذه بدأت في دائرة محدودة هي دائرة التعاقد الذي يتم ما بين شخص وآخر، يكون تحت السلطة الأبوية ولداً، أو تحت سلطة السيد عبداً. فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء هذا التعاقد دون أن يكون هو طرفاً فيه، جاز الرجوع عليه بقدر ما أثرى في حدود افتقار من تعاقد مع الوالد أو العبد.

ثم اتسعت دائرة هذه الدعاوى، فشملت التعاقد ما بين شخصين لا ينضم أحد منهما لسلطة ما. فإذا أثرى شخص ثالث من وراء هذا التعاقد جاز الرجوع عليه بدعوى الإثراء، كشريك تعاقد مع الغير فعاد التعاقد بنفع على الشركة. ولكن ظلت الحالات التي تباح فيها هذه الدعاوى هي أيضاً معددة، ولم توضع قاعدة عامة تشمل جميع حالات الإثراء بلا سبب.

القانون القرنى القديم :

٧٤٢- دعاوى استرداد ما دفع دون سبب: لم يعترف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق، وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إليه من القانون الرومانى. وأظهر هذه التطبيقات هي دعاوى استرداد ما دفع دون حق (condictiones sine causa) (٢).

(١) أنظر سابق (Savigny) في القانون الرومانى (ترجمة جينو ١٨٥١ - ١٨٥٥) ص ٥١٣ - ٦١٧ - قرن جبريل موجز القانون الرومانى باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ وما بعدها.

(٢) أنظر دوما (Domeau) (القوانين المدنية ١ الكتاب الثانى الباب السابع الفصل الأولقرة ١٠).

وقد وقع تطور هام في شأن هذه الدعاوى منذ ظهرت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم . فقد ترتب على اعتبار السبب ركناً في العقد أن قُدمت دعاوى استرداد ما دفع دون حق الشيء الكثير من أهميتها . إذ كانت في القانون الروماني - وعنده العقود شكلية مجردة كما سبق القول - فريعة لتلافى النتائج التي تترتب على هذه الشكلية وهذا التجريد، فكان المتعاقد يسترد بها ما دفعه دون سبب أو لسبب غير مشروع . أما بعد أن اعترف القانون الفرنسي القديم بالسبب ركناً في العقد ، فقد أصبح العقد الذي لا سبب له أو الذي يكون سببه غير مشروع عقداً باطلاً ، فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا في الحالات القليلة التي يتخذ فيها العقد رغم بطلانه ، أو في الحالات التي يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه .

٧٤٣- دعاوى الإثراء بلا سبب : وبقيت دعاوى الإثراء بلا سبب (actio de in rem verso) تباح في بعض حالات الإثراء . ولكنها ما لبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة . وعالج بوتييه الأولى باعتبارها فرعاً عن الثانية . فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره ، معتقداً أنه يدير شؤون نفسه ، أو فعل ذلك رغم لإرادة رب العمل ، اختل ركن من أركان الفضالة ، فلا تطبق أحكامها كاملة ، وتطبق أحكام فضالة ناقصة (Section d'affaires anormale) يقتصر فيها الفضولي على استرداد ما أنفق في حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى (١) .

الفقه الإسلامي (٢) :

٧٤٤ - لا يعترف الفقه الإسلامي بالإثراء بلا سبب مصبراً للالتزام إلا في حدود هي أضيق بكثير من المدى الذي وصل إليه القانون الروماني والقوانين اللاتينية والجرمانية التي اشتقت منه .

وأوسع ما يعترف به الفقه الإسلامي في ذلك هو دفع غير المستحق . والظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجعله مصبراً للالتزام . فلو أن شخصاً

(١) أنظر بوتييه (Pothier) في باب الوكالة فقرة ١٨٢ وقرة ١٨٩ .

(٢) نظرية العقد للوفاء فقرة ٦٧ س ٦٩ - س ٧١ .

ظن أن عليه ديناً ، فإن خلافه ، رجع بما أدى (١) .
ولا يترفق الفقه الإسلامى بعمل القضىولى مصدرأ للالتزام ، ويعتبر القضىولى
متبرعأ لا يرجع بشئ على رب العمل (٢) .
أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فلا يعترف به الفقه الإسلامى . على أنه
توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب فى هذا الفقه ملزماً للمترى على
حساب القير . ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذى افترق لم يكن
له بد من ذلك ، كما لو بنى صاحب العلو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن
الحاكم ، فلا يكون متبرعأ ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى لأنه
مضطر إلى البناء إذ أو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى
على بناء سفله لعدم تعديه (٣) .
ومن ثم نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام فى الفقه الإسلامى
إلا فى حالات قليلة .

القانون الإنجليزى (٤) :

٧٤٥ — وإذا كان باب الإثراء بلا سبب ضيقاً فى الفقه الإسلامى ،
فهو لا يزيد اتساعاً فى القانون الإنجليزى . وفى هذا يتقارب الفقه الإسلامى والقانون
(١) الأصيل والنظار جزء أول ص ١٩٤ . وفى شرحه غمز عيون البائر من دفع
شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الحب . أظن أيضاً فى هذا للمص ٢٠٢
وم ٢٠٧ من كتاب مرشد الخيران .
(٢) يؤيد هذا ما ورد فى مجمع الفتاوى من التصوص الآتية : عمر دار امرأته لما بلا إبتها
قال النفسى البهارة كلها لها ولا شئ عليها من النفقة فإنه متبرع ، وعلى هذا التفصيل عبارة
كرم امرأته وسائر أملاكها (ص ٤٥٣) — الدينون إذا أئق على ولد رب الدين أو امرأته
بغير أمره لا يبرأ من الدين ولا يرجع بما أئق على من أئق عليه (ص ٤٤٩) — لو قضى دين
غيره بغير أمره جاز ، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضى لأنه تلوم بفضاء
الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين ، وعليه للقاضى مثلاً (ص ٤٤٨) —
ص ٤٤٩ .

(٣) وفى جامع القسولين زرع بينهما فقلب أحدهما وأئق الآخر يكون متبرعأ بخلاف دى
العلوم أن كلا لا يصل إلى حقه إلا بالإئاق . واتفق أن الأول مضطر لأن شريكه لو كان
حاضراً يبرره القاضى على الإئاق ولو غائباً يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال
الاضطرار كان متبرعأ ، أما ذو العلو فمضطر فى بناء السفلى إذ القاضى لا يجبر صاحبه لو حاضراً
فلا يأمر غيره لو غائباً ، والمضطر ليس يجبر (شرح المجلة لأستاذ سليم بقر ص ٧٠٥) .

(٤) نظرية النقد المولى فقرة ٦١ ص ٦١ — ص ٦٢ .

الإنجليزى ، ويعملان معاً عن القانون الرومانى .
وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزى هو دفع غير المستحق ، شأنه فى ذلك شأن الفقه الإسلامى . فمن دفع مبلغاً من النقود لى غير دائن ، معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن ، يسترد فى القانون الإنجليزى ما دفعه بشرط أن يكون الغلط فى الواقع لا فى القانون (١) .

وليس للفقهاء فى القانون الإنجليزى الحق فى استرداد ما أتقنه من المصروفات إلا فى حالات معددة ، منها حالة إنقاذ سفينة من الفرق وحالة الدائن المرتين فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين الموهونة (٢) .
أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزى إلا فى حالات خاصة (٣) .

القانون الفرنسى الحديث :

٧٤٦- المرحلة الأولى (إثراء المبرأ العام) : لم يحتو قانون نابليون نصاً يشتمل على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب بل اقتصر هذا القانون على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك أبرزها الفضالة ، ودفع غير المستحق ، والمصروفات الضرورية والنافعة ، والبناء والفراس فى أرض الغير .

ولما كان عهد الشراح على المتون (L'Ecole de l'Exegèse) هو الذى تلى التفتين الفرنسى فى أول مراحله ، وكان هؤلاء الشراح يلتزمون النصوص التشريعية ولا ينحرفون عنها ، فقد ترتب على اعتماد نص يقرر القاعدة العامة أن مبدأ الإثراء بلا سبب أنكر وجوده إنكاراً تاماً فى هذه المرحلة الأولى . واقتصر

(١) أنظر كير (Kooner) فى شبه القدس ٨٥ وما بعدها و ص ١٣٩ وما بعدها .

(٢) أنظر جنكس (Jonks) م ٧٢٠ .

(٣) تذكر منها ما يأتى : ١ - إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الحسارة المؤمن عليها ظناً أن ترجع على المؤمن بالتعويض الذى أخذه من الغير عن هذه الحسارة ٢ - إذا استولى أحد المجرمين فى السرقة على أكثر من نصيبه فى غلة البين الشائعة التزم برد هذه الزيادة ٣ - إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما عليه من التزام فلا آخر أن يسخن القعد وأن يسترد النقود التى دفعا لطرف الأول أو أن يطلب تعويضاً عما ظم به هو من الأعمال تنفيذاً للقعد . يراجع فى هذه الحالات جنكس (Jonks) م ٧٠٧ وما بعدها .

الفقه والقضاء في فرنسا على تطبيق هذه النصوص المتفرقة في حالاتها الخاصة، دون أن يعلل فيها بينها .

٧٤٧- المرحمة الثانية (الفضالة الناقصة): ثم دخل القانون الفرنسي في

مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب ، ولكن على أنها فرع عن الفضالة الواردة في النصوص التشريعية ، ضرب من الفضالة الناقصة على النحو الذي قال به يوتييه فيما قلناه . وبدأت عمكة النقص الفرنسية تنقض بقياس الإثراء بلا سبب على الفضالة ، وتعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن من أركانها ، وبخاصة ركن القصد في تولي شؤون الغير (١).

٧٤٨- المرحمة الثالثة (الاعتراف بالبداء العام منطوياً على قيريه):

ودخل القانون الفرنسي بعد ذلك في مرحلته الثالثة متأثراً بعاملين . العامل الأول زوال سلطان مدرسة الشرح على المتون ، وقد تحرر الفقه والقضاء من رقة النصوص التشريعية ، وأمكن أن تصاغ المبادئ العامة دون حاجة لأن تستند إلى نصوص . والعامل الثاني أن نظرية الفضالة الناقصة ما لبثت أن ضاقت عن تطبيقات متنوعة لبداء الإثراء بلا سبب، ولم يكن من الممكن إدخال هذه التطبيقات في حظيرة الفضالة ولو باعتبارها فضالة ناقصة . فكان لا بد إذن من الاعتراف بقاعدة الإثراء بلا سبب مبدأ قائماً بذاته ، مستقلاً عن الفضالة كاملة كانت أو ناقصة .

وقاد هذه المرحلة الفقيهان المروغان أويرى ورو في كتابهما المشهور ، فاعتبرا أن قاعدة الإثراء بلا سبب تقوم بذاتها مبدأ مستقلاً عن الفضالة كمصدر

(١) عمكة النقص الفرنسية في ١٨ يولية سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٤٧١ . وقد نل هذا المحكم حكمان آخران طبقا لها أيضاً دعوى الفضالة في حالات الإثراء بلا سبب : عمكة النقص الفرنسية في ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٤٥٧ ، وفي ١٩ دسبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٢٠٤ . وآخر حكم طبقت فيه عمكة النقص الفرنسية نظرية الفضالة الناقصة صدر في ١٦ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٩ مع تعليق لبلا وله . وانظر في الفقه الفرنسي ديولوب ٣١ - ٤٩ - لوران ٢٠ - ٢٢٧ - لارو .

للالتزام مبنى على قواعد العدالة : وما ورد من نصوص تشريعية في القانون الفرنسي ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ لم تذكر على سبيل المحصر (١) . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية في سنة ١٨٩٢ أن سارت وراء القضاة العظماء وقضت بقولها (٢) :

ويلاحظ في هذه المرحلة الثالثة أن قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد استقرت قاعدة مستقلة عن الفضالة ، فإنها قد غلت بقيدتين . أولها أن دعوى الإثراء إنما هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية الأخرى . بهذا قال القضاة الأوبري ورو ، وتبعهما في ذلك الفقه والقضاء في فرنسا . والتقى الثاني أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . ورد ذلك صراحة فيما قاله أوبري ورو ، وسبقهما إليه بوتييه فيما نقلناه عنه ، وتبعهم في ذلك الفقه والقضاء الفرنسيان حتى اليوم .

ولا يزال القانون الفرنسي يبالغ الدخول في مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين القيدتين ، ويحرر القاعدة من جميع القيود التي تعطل من إطلاقتها وشمولها .

(١) أنظر أوبري ورو (Aubry et Rau) المجلد الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ . وقد أحاط القضاة المبدأ ، بعد أن أكدوا استقلاله ، بقيدتين وردتا فيما نقله هنا من عبارات القضاة ذاتها :

« ... il n'est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ... on doit ... s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance, mais à celui de l'introduction de l'action de in rem verso ... »

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ١٩٦ . وانتهت هذه المحكمة ، في حكمين مشهورين لها (في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ - سيرة ١٩١٨ - ١ - ١١ وفي ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢) بأن استطاعت بنسب الألفاظ التي استعملها القضاة أوبري ورو . وقالت في حكمها الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (سيرة =

القانون المصري :

٧٤٩-التقنين المصري القديم : لم يرد في التقنين المدني القديم نص يقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . ولكن ورد نص غامض ، حائر بين الإثراء بلا سبب والقضالة ، هو نص المادتين ١٤٤/٢٠٥ وقد جرى بما يأتي : ومن فعل بالقصد شيئاً ترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والحسارات التي خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والحسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة . وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة في دفع غير المستحق وفي المبرورقات الضرورية والنافعة وفي البناء والغراس في أرض الغير وفي غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب .

ويدون أن المشرع المصري في التقنين القديم تأثر بما كان العمل يجري عليه في القانون الفرنسي وقت صدور التقنين المصري . فقد صدر التقنين المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين الأمل في سنة ١٨٨٣ . وهذا هو الوقت الذي كان القانون الفرنسي يحتاز فيه مرحلته الثانية ، وكان يخلط في هذه المرحلة بين القضالة والإثراء بلا سبب كما رأينا . والنص المصري يحمل أثر هذا الخلط واضحاً . فهو في صدره يتحدث عن أركان القضالة ، وفي عجزه بين أحكام الإثراء بلا سبب ، فيخلط بين الإثنين خلطاً كان سبباً في اضطراب الفقه والقضاء في مصر مدة غير قصيرة .

ويحتاز القضاء المصري مرحلة أولى لا يميز فيها بين القضالة والإثراء بلا

== ١٩١٨ - ١ - ٢١١ ما يأتي :

« Attendu que l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne, se trouvant, comme cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit. »

ثم تلت ذلك أحكام محكمة القضاء الفرنسية في هذا المعنى .

سبب ، فيتكلم عن واحدة وهو قصد الأخرى (١) .

ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين ، ويميز قاعدة الإثراء بلا سبب مستقلة عن قاعدة الفضالة ، لما قوام ذاتي وكيان مستقل ، وهو يقتضى في ذلك أثر القانون الفرنسى في مرحلته الثالثة على الوجه الذى أسلفناه . وتبدأ هذه المرحلة بحكم تصدره محكمة الاستئناف المخططة في سنة ١٨٩٩ (٢) أى بعد دخول القانون الفرنسى في مرحلته الثالثة بوقت قصير (٣) . ولكن القضاء المصرى ، في هذه المرحلة الثانية ، يبقى حائراً أمام النص التامض المضطرب بين الفضالة والإثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤) . وتفسر محكمة الاستئناف المخططة النص على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب ، وتكل أحكام الفضالة إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعي (٤) . وفي المرحلة الثالثة ، وتبدأ بحكم تصدره محكمة الإسكندرية الكلية المخططة

(١) أنظر محكمة الاستئناف المخططة في ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بورطى م ٢٠٥ رقم ١ — حكماً ثالثاً في ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المخططة ١٣ من ٢٢٤ (راجع ملاحظات على هذا الحكم في رسالة الدكتور (Maravens) للنشرة في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير — فبراير من ٣٠) — حكماً ثالثاً في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥٠ م ٨٥ (أنظر أيضاً في هذا الحكم رسالة الدكتور (Maravens) من ٣١ — من ٣٢) — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية في ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الموافق ١٨ من ١٠٩ — حكماً ثالثاً في ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٣٠ من ٢٨١ .

(٢) محكمة الاستئناف المخططة في ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ من ١٦٢ . وسبق هذا الحكم حكم آخر من المحكمة ذاتها في ١٢ فبراير سنة ١٨٩٥ (م ٧ من ١٢٢) رسم خلاص دعوى الإثراء بلا سبب في دقة وودها إلى سندها القانونى الصحيح ، أى إلى قواعد العدالة ، ولكن المحكمة سرطان ما عدت من هذا الموقف في حكمها الصادر في ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ وهو الحكم المشار إليه ، وسرى بيان ذلك .

(٣) وقد رأينا أن القانون الفرنسى دخل في مرحلته الثالثة منذ سنة ١٨٩٢ .

(٤) وقد صدر بعد هذا الحكم أحكام كثيرة من محكمة الاستئناف المخططة تلتقي صراحة مبدأ الإثراء بلا سبب : محكمة الاستئناف المخططة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٥٣ — حكماً ثالثاً في ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ١٥٧ — حكماً ثالثاً في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ٢٠١ — حكماً رابعاً في ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ١٩٢ — حكماً خلاصاً في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٣٩ — حكماً خلاصاً في ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٣٣ — حكماً سابقاً في ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٤٤١ — حكماً ثالثاً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جلزت ١٧ من ٥٣ — حكماً خلاصاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٣١٥ .

في سنة ١٩١٧ ، لا تقتصر هذه المحكمة على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، بل هي ترد كل قاعدة إلى سندها القانوني الصحيح ، فتقصر نص المادتين ٢٠٥/١٤٤ على الفضالة ، وتستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد العدالة والقانون الطبيعي ، فتصحح بذلك وضماً بدأً مقلوباً (١).

ويبقى الفقه والقضاء في مصر ، طوال هذه المرحلة الثالثة في ظل التقنين القديم ، يميزان بين القاعدتين ويردان كل قاعدة إلى أصلها . ولكنهما يقيان كذلك ، متأثرين دائماً بالقانون الفرنسي ، يقبلان من قاعدة الإثراء بلا سبب ، فيقولان مع الفقه والقضاء في فرنسا إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية وإن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى (٢) ، وإن كان جانب من الفقه في عن دعوى الإثراء الصفة الاحتياطية كما سئرى .

وكان لا بد من أن يصدر التقنين المدني الجديد حتى يدخل القانون المصري في مرحلته الرابعة التي يحرر فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين القيلين الأخيرين المتخلفين عن أعقاب الماضي . وهذه المرحلة الرابعة التي وصل إليها التقنين المدني الجديد لا يزال القانون الفرنسي ، على ما رأينا ، يرده الإجماع عنها .

٧٥٠ - التقنين المصري الجديد: خطأ التقنين المصري الجديد كما ذكرنا

إلى المرحلة الرابعة ، فأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص الآتية :
١ - جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها ، كمصدر من مصادر الالتزام .

(١) أنظر محكمة الإكستمة السكية المختلة في ١٦ يناير سنة ١٩١٧ جلزت ٧ ص ٩٠ . وقد اضطرت هذه المحكمة بعد أن ردت الفضاة إلى المادة ٢٠٥ من القانون المدني المختط أن تصل من أحكام هذا النص في تحديد آثار الفضاة ، حتى تجعل الفصول بسند المصروفات الضرورية والثافة دون أن يقتصر على أدنى التبعين كما ورد في النص .

(٢) محكمة الاستئناف الأملق في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤ - محكمة الاستئناف المختلة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - حكم ثان في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ - حكم ثالث في أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - حكم رابع في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ جلزت ٢٤ ص ٣٩٣ . وانظر في الفقه : والتون ٢ ص ١٩٠ - ١٩١ - ١٩٢ - ١٩٣ - ١٩٤ - ١٩٥ - ١٩٦ - ١٩٧ - ١٩٨ - ١٩٩ - ٢٠٠ وما بعدها - للوجز للؤلف فقرة ٣٩٤ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٩١ - حمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ (وغيره في شيء من التردد أن الإثراء يجب أن يكون موجوداً وقت رفع الدعوى : فقرة ٥٤١) .

٢ - صحح الوضع الذي كان مقلوباً ، فجعل القضاة ودفع غير المستحق تطبيقين لبدأ الإثراء بلا سبب . فهذا المبدأ هو الأصل ، وهذان التطبيقان هما اللذان يضرعان عنه . وقد رأينا أن مبدأ الإثراء بلا سبب كان قبلاً يضرع عن القضاة ، ويسمى بالقضاة الناقصة .

٣ - حرر مبدأ الإثراء بلا سبب بما كان باقياً من قيوده التقليدية ، فني
عنه الصفة الاحتياطية ونص على أن الإثراء لا يشترط فيه أن يكون قائماً
وقت رفع الدعوى .

وذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب في ظل التفتين الجديد نوعه، وانفتحت أمامه سبل التطور . وسنرى تفصيل كل ذلك فيما يلي .

وليس التقنين الجديد بدءاً فيها استحدث ، فقد سبقه إلى السير في هذا الطريق كثير من التقنيات الحديثة (١) .

ونستعرض في فصلين متعاقبين : (أولاً) القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب.
(ثانياً) أبرز تطبيقات هذه القاعدة : دفع غير المستحق والقبالة (٢).

الفصل الأول

القاعدة العامة: الاثراء بلا سبب^(*)

٧٥١- التصرّح: قلنا أن القانون المصرى القديم لم يشتمل

(١) من ذلك القرنين الألفي (٨١٢م) والقرنين الـ ولسرى (م ٦٢ من قانون الانترنات) والقرنين الـ بولون (م ١٢٣) والقرنين البنانى (م ١٤٠) وللمروع القرنى الإطال (٧٣م).

(٢) يوجد عما ذكره في التبين المبيد نصوص نصيرية وردت في حالات شذوذة ، ويجب في هذه الحالات تطبيق النصوص كما وردت دون تطبيق القواعد العامة لدعوى الإثراء ، فإن هذه النصوص إنما هي دعوى الإثراء ذاتها بحوزة محوياً ينسب كل حالة . من ذلك البناء والقراس في أرض التبر (م ٩٢٤ - ٩٢٥) ، والبناء والقراس من القفص في العقر للنفوس (م ٩٤٦) وللصروطات الضرورية والثالثة (م ٩٨٠) . كما توجد نصوص هي تطبيقات خاصة لبناء الإثراء بلا سبب فيطبق هذا المبدأ كما هو في الحالات التي وردت فيها هذه النصوص (من ذلك م ١٤٢ وم ١٦٠ وم ١٨٦ وم ١٩٦ وم ٢٢٢ وم ٢٨٨ بقرة ٣ وم ٤٨٧) .

(٥) الراجع : هي حلقى الجزء الثانى - حلقون الجزء الأول - والثون الجزء الثانى - الدكتور عبد اللطيف بك فى الاتراف - الدكتور محمد وصية فى الاتراف - الدكتور

على نص يورد قاعدة عامة للإثراء بلا سبب ، بل اقتصر على إيراد نص مضطرب في القضاة ، ونصوص أكثر عدداً في دفع غير المستحق ، وإشارات متفرقة إلى مبدأ الإثراء بلا سبب في مختلف نواحي القانون (١) .

أما القانون الجديد فقد بدأ بنصوص تقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق

==معلم صالح في أصول التمهلات - الموجز في الالتزامات الأولى - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام - بلانيول وريبير وإسبان الجزء السابع - ديجون الجزء الثالث - أوبري ورو الجزء التاسع . الرسائل : الدكتور عمود أبو طاية في التصرف القانوني المجرى - ستويسكو (Stofconco) باريس سنة ١٩٠٤ - بوشيه بكلييه (Bouché- Leclerc) باريس سنة ١٩١٢ - سانتيه (Savater) براتيه سنة ١٩١٦ - لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ - موري (Maurry) تولوز سنة ١٩٢٠ - جيرونا (Garonna) باريس سنة ١٩٢٥ (في القانون الألمانى) - اللوزينو (Almonino) باريس سنة ١٩٣١ - موزوني (Monoiu) باريس سنة ١٩٣٢ - بيجيه (Beguot) الجزائر سنة ١٩٤٥ - مارافان (Maravant) الراس القنطرة في مجلس مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وتبرير - فرانسوا جوريه (Fr. Goré) باريس سنة ١٩٤٩ . المجلات : لوبر (Loubere) الانتظامية سنة ١٩١٢ - ريبير وتيبير (Ripert et Tenuire) المجلة القنصلية لقانون المدن سنة ١٩٠٤ - رنار (Renard) المجلة القنصلية لقانون المدن سنة ١٩٢٠ - روست (Rouast) المجلة القنصلية لقانون المدن سنة ١٩٢٢ - بيكار (Picard) المجلة القنصلية لقانون المدن سنة ١٩٢٢ . الطبعات : لأبيه (Labbé) سيرة ١٨٩٠ - ١ - ١٨٩٣ و ١٩٠١ - ١ - ٢٨١ - بلانيول (Planiol) دالوز ١٨٩١ - ١ - ٤٩ - و ١٨٩٢ - ١ - ١٦١ - سارى (Sarrut) دالوز ١٨٩٢ - ١ - ١٦١ - قال (Wahl) سيرة ١٩٠٢ - ١ - ٤٦٥ - ناكيه (Naquet) سيرة ١٩١٠ - ١ - ٤٢٥ و ١٩١٨ - ١ - ٣١٢ - بوركار (Bourcart) سيرة ١٩١١ - ١ - ٣١٢ - روست (Rouast) دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٧ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للبروتوكول التيميني في هذا الصدد ما يأتي : « أوجب
التقنين الحالي (القديم) إيجازاً بخلاف إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب ، مع
مالها من أهمية بالغة . فلم يورد بشأن القاعدة العامة في التضايف إلا نصاً واحداً تموزه الفقه
ويؤيده الفقه . وإذا كان رد غير المحقق قد شغل من تصوره شيئاً أوجب ، فمن اللغو
أن القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب لم تجد لها ، على التقدير من ذلك ، مكاناً في هذا النص ،
لأنه لا إشعارات متأثرة في مختلف أجزاء التقنين » (مجموعة الأعمال التيمينية ٢
ص ٤٣٩) .

والفضالة (١).

والنص الجوهري الذي يقرر القاعدة العامة في القانون الجديد هو المادة ١٧٩ ، وقد جرت بما يأتي :

« كل شخص ، ولو غير مميز ، يرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد (٢) » .

التأصيل القانوني لقاعدة الإثراء بلا سبب :

٧٥٢ - مذهب مختل - استنادها إلى الفضالة (الفضالة الناقصة) :

كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب تأصيلاً قانونياً يربطها بنظرية الفضالة ، لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع ، بل على أن الأولى هي التي تشتق من الثانية . فهي ضرب من الفضالة : فضالة ناقصة ، أو هي امتداد لقواعد

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد أيضاً ما يأتي : « وقد بدأ المشروع (القانون الجديد) بتقرير القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، ثم تكلل بعد ذلك سورته بالتابعين ، وبما رد غير المستحق والفضالة . وقد عزل المشروع أحكام الالتزام الطبيعي عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب ، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بآثار الالتزام نزولاً على ما يقتضيه النطق » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٣٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١٥ - كل شخص ، ولو كان غير مميز ، يرى دون سبب على حساب شخص آخر ، يلزم بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، على ألا يجاوز في ذلك التعويض ما أثرى به . ويبقى هذا الالتزام حتى لو زال الإثراء فيما بعد . ٢ - فإذا تبرع الذي بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسؤولاً أيضاً عن التعويض ، ولكن بقدر ما أثرى » .

لجنة الرابطة : نليت المادة ٢٤٨ من المشروع ، واقترحت إحداث تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص النهائي ما يأتي : « كل شخص ولو غير مميز يرى دون سبب على حساب شخص آخر يلزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو زال الإثراء فيما بعد » . وأصبح رقم المادة ١٨٤ في المشروع النهائي . مجلس النواب : وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ١٨٤ .

لجنة الشيوخ : نليت المادة ١٨٤ ، واقتربت إضافة كلمة « مشروع » إلى عبارة « بدون سبب » فوافقت اللجنة على ذلك . وأصبح رقم المادة ١٧٩ . مجلس الشيوخ : وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٤٠ - ص ٤٤٣) .

الفضالة حيث تختل أركانها . فالفضولى يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه هذا التدخل . فإذا انعدم هذا القصد ، أو تولى الفضولى شؤون غيره رغم إرادته ، اختل ركن من أركان الفضالة . وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام ، فالمفتقر فى هذه الحالة لا يسترد كالفضولى كل المصروفات الضرورية والنافعة بل يسترد أقل قيمتى إثراء الغير واقفاره . والقاتلون بهذا الرأى هم المتخلفون من أصحاب مدرسة الشرح على المتون ، فقد ظلوا فى حيرة كيف يقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على غير نص تشريعى ، ثم تلمسوا فى الفضالة وهى قائمة على نصوص تشريعية سنداً تشريعياً ينسبون إليه القاعدة ، فأعاروها بعض أركان الفضالة وبعض أحكامها وأسماها الفضالة الناقصة .

والقول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين . فهناك فرق جوهري بينهما إذا جاز معه أن تعتبر الفضالة فى بعض نواحيها تطبيقاً لبعض أحكام الإثراء بلا سبب ، فهو فرق يمتنع معه أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب هو الذى يدخل فى حدود الفضالة . ذلك أن هذا المبدأ نزعه موضوعية لا ذاتية ، فلا عبرة فيه بالنية ، ويكفى أن يفتر شخص فيرى شخص آخر على حسابه دون سبب قانونى حتى يرجع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء . أما الفضالة فزعتها ذاتية إلى حد كبير ، إذ أن أساسها هو قصد الفضولى ن يدبر شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك . فالمرجوع هذا القصد فلا فضالة . ومن ثم وجد الفرق فى الحكم : يرجع الفضولى بكل ما صرف جزاء ما قصد إليه ، ويرجع المفتقر بأقل القيمتين إذ هو لم يقصد خدمة المثرى . فالنظريتان مختلفتان إذن فى هذا الأمر الجوهري . وإذا أريد أن تكون إحدهما تطبيقاً للأخرى ، فالأولى أن تكون نظرية الفضالة - فى الأصل الذى يبنى عليه رجوع الفضولى لا فى مدى هذا الرجوع - هى التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب .

٧٥٣- استنادها إلى العمل غير المشروع : ومنذ دالت دولة الشراح على المتون ، ولم تعد قاعدة الإثراء بلا سبب فى نظر القفحة تحتاج إلى نص تشريعى تستند إليه ، تحررت القاعدة من ربة النصوص التشريعية ،

ولكنها بقيت ترسف في أغلال التبعية . فلا بد أن يستلها الفقه إلى قاعدة قانونية أخرى معروقة تعيش في ظلها . فأسندت إلى قاعدة العمل غير المشروع ، إما عن طريق المقابلة وإما عن طريق الجمع ما بين القاعدتين تحت لواء المسؤولية التقصيرية .

فالذين يقابلون ما بين قاعدة العمل غير المشروع ، قاعدة الإثراء بلا سبب يقولون إن القاعدة في العمل غير المشروع هي أن كل من أضر الغير بخطأه يلتزم بالتعويض . كذلك القاعدة في الإثراء بلا سبب هي أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم بالتعويض .

والذين يجمعون ما بين القاعدتين تحت فكرة العمل غير المشروع - وعلى رأسهم بلانيول - يعبرون عن المعنى المتقدم بأسلوب آخر . ويقولون إن الإثراء على حساب الغير هو عمل غير مشروع . ذلك أن من أثرى على حساب غيره لا يجوز له أن يستفي هذا الإثراء وإلا ارتكب خطأ يكون مسئولاً عنه مسؤولية تقصيرية .

وعيب هذا الرأي واضح . فإن مصدر التزام المثرى دون سبب هو واقعة الإثراء . وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تقرن بخطأ من المثرى ، ولا هي في ذاتها تعد خطأ من المثرى ، حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع . وغير المشروع إنما هو النتيجة التي أدت إليها الواقعة ، لا الواقعة ذاتها .

٧٥٤ - استناد إلى قاعدة تحمل التبعة . وقد ذهب إلى ذلك الأستاذان

ريبير (Ripert) وتيسير (Teissier) (١) . فعندهما أن نظرية الإثراء بلا سبب ما هي إلا الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعة . فهذه النظرية تقرر أن من كان نشاطه مصدرراً لفرم تحمل تبعة . ونظرية الإثراء بلا سبب تقرر أن من كان نشاطه مصدرراً لفنم جنى فائدته . فالفتقر قد كان نشاطه - عملاً كان أو مالا - مصدرراً لنقل قيمة مادية إلى مال المثرى ، فوجب أن يسرد هذه القيمة لأنها من خلقه إذ هي نتيجة نشاطه . والفنم المستحدث (le profit créé) ليس إلا الوجه الآخر للفرم المستحدث (le risque créé) .

(١) أنظر ملحة التعليل للقانون المدني سنة ١٩٠٤ ص ٧٧٧ .

وهذا الرأي تعوزه الدقة . إذ لو صح لترب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى ، وليس بأذى القيمتين فحسب . ولأصبح شرط الافتقار غير ضرورى . وسرى أن الافتقار والرجوع بأذى القيمتين هما من الأحكام الأساسية في قاعدة الإثراء بلا سبب (١) .

٧٥٥ - قاعدة الإثراء بلا سبب لا تستمر إلى قاعدة أخرى ، بل هي قاعدة

مستقلة تقوم بذاتها : والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هي قاعدة أصلية لا تنفرع عن غيرها . فهي مصدر مستقل من مصادر الالتزام ، وليست ملحقة بالفضالة (بل الفضالة هي التي تلحق بها) ، ولا بالعمل غير المشروع ، ولا بتحمل التبعة . وهي تتصل اتصالاً مباشراً بقواعد العدالة ، المصدر الأول لكل القواعد القانونية . أليس العدل يقضى بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعرض من افقر ؟ فلماذا نذهب في البحث عن سند للقاعدة إلى ما وراء هذا والقانون الرومانى ذاته ، وهو الذى أخذنا عنه القاعدة ، يعمل أساساً العدالة (٢) ؟ أليس العمل غير المشروع مصدراً للالتزام ؟ فلماذا لا نبحث هنا عن الأساس القانونى للعمل غير المشروع . ونبحث عنه في الإثراء بلا سبب ، وكل من القاعدتين مرده العدالة ؟

وإذا سرنا في تحليل قاعدة الإثراء بلا سبب خطوة أبعد أمكن تأصيلها على الوجه الآتى :

الأصل أن مالك الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا في حالتين اثنتين : إذا اتفق الشخصان على ذلك ، أو كان القانون هو الذى قضى بانتقال المال . فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه ، وهذه هي قاعدة الإثراء بلا سبب (٣) .

(١) وقد رجح الأستاذ ريبير (Ripert) عن هذا الرأي في كتابه « القاعدة الأدبية » ، وأسند مبدأ الإثراء بلا سبب رأساً إلى قواعد الأخلاق .

(٢) أنظر في هذا المعنى عمكة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ — وحكماً ثالثاً في ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — وحكماً ثالثاً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جلزيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ — وحكماً رابعاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٣) يقرب من هذا الدكتور أبو غنية في رسالته « التصرف القانونى المجرد » المطبوعة سنة ١٩٤٧ م ١٩٠ — ص ١٩٢ .

وقد اقتضت هذه القاعدة العادلة ، على وضوحها ، وقتاً طويلاً حتى تكسب قواماً مستقلاً ويكون لها كيان ذاتي ، لأنها قاعدة بنيت راسماً على العدالة والبناءة ، فلم تصقلها الصنعة القانونية . والقانون لا يهضم من قواعد العدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة ، فحولته من قواعد خلقية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية تلزمها الناس في التعامل . ولذلك وجب أن نسير في طريق الصياغة إلى مدى أبعد ، وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغايرته للمصادر الأخرى .

الواقعة التي ترتب الالتزام في ذمة المرى هي واقعة الإثراء على حساب الغير دون مسبب . وهي واقعة قانونية (fait juridique) لا عمل قانوني (acte juridique) ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العقد . وهي واقعة مشروعة لأن الإثراء لا يستلزم أن يقرن به خطأ من المرى كما قلنا فقد يرى وهو حسن النية بل قد يرى دون علمه ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع .

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يركز عليه كمصدر له . وفي هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع .

فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته ومن حيث ما اشتمل عليه . ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بقاته ، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه . وإنما يقوم راسماً على قواعد العدالة والمنطق القانوني ، كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع .

والتحليل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ويوهم أحكامها . أما الأركان فهي أن يكون هناك إثراء في جانب . يرتب عليه افتقار في جانب آخر ، دون أن يقوم سبب قانوني لهذا الإثراء .

وأما الأحكام فتتلخص في أن المرى يرد إلى المفقر ما أثرى به الأول في حدود ما افتقر به الثاني .

ويبقى أن نعرض إلى تفصيل هذه الأركان والأحكام .

الفرع الأول

أركان الإثراء بلا سبب

٧٥٦- **أركان الإثراء بلا سبب**: قلنا أن أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ثلاثة:

(١) إثراء المدين. (٢) افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء. (٣) انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء. هذه هي أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء. وليس من الضروري بعد ذلك ، كما قلنا ، أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى .

المبحث الأول

إثراء المدين

(Enrichissement du débiteur)

٧٥٧- **وموجب تحقق الإثراء**: أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن

يتحقق إثراء المدين . ذلك أن مصدر الالتزام الذي يترتب في ذمته إنما هو هذا الإثراء ، فلا بد من تحققه حتى يقوم الالتزام . أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام ، كما لو وفي شخص ديناً عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به أو أنه لا وجود له . فهنا لم يتحقق الإثراء في جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه^(١). وإنما يرجع هذا بما دفع على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سئرى . ويمكن القول كذلك إن الصغير إذا اقترض مالا فأضاعه لم يكن مسؤولاً ، لا بعقد القرض إذا أبطله ، ولا بقاعدة الإثراء بلا سبب إذا ضاع المال فلم يتحقق الإثراء . والأصل في الإثراء أن يكون إيجابياً ونسكن يجوز أن يكون سلبياً ، وأن يكون مباشراً ولكن يجوز أن يكون غير مباشر ، وأن يكون مادياً ولكن يجوز أن يكون معنوياً .

(١) انظر عمدة الاستئناف المخططة في ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٠٧ .

الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي :

٧٥٨- الإثراء الإيجابي : يتحقق الإثراء الإيجابي عادة بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين (١) . ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً ، عينياً كان أو شخصياً ، أو أن يزيد فيما يملك من ذلك . فإذا استهلك شخص قدرأ من المياه أو الثور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما استهلكه قيمة مالية أثرى بها (٢) . وإذا أقام الخائر للعقار المرمون بناء في هذا العقار أثرى الدائن المرمين من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانه . وإذا قام المستأجر الذي انقضى عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة ، أو قام الراسي عليه المراد بتحسينات في العين التي رسا عليه مزادها ثم نزع العين من يده ، كان في هذا إثراء لمن تقول إليه العين .

وقد يتحقق الإثراء الإيجابي لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين ، بل من طريق منفعة يجنيها أو عمل يستثمره (٣) . مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار (٤) . ومثل العمل تصمم قام به مهندس (٥) أو لحن ألفه

(١) انظر محكمة الاستئناف المختطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥٠ م ٨٥ .

(٢) انظر محكمة الاستئناف المختطة في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٧٠ .

(٣) ولم تخط قاعدة الإثراء بلا سبب هذه الخطوة إلا بعد تطور . فقد كان الفقه في فرنسا يشترط أن يتحقق الإثراء عن طريق إضافة حق لل مالك للدين (أوبري ورو ٩ ققرة ٥٧٨) .
ديوج ٣ ققرة ١٥٠ - رينار ٢٤٨) . ثم تطور فأبجز أن يكون الإثراء ناتجاً عن منفعة أو عمل (بلانيول وريير وإسمان ٧ ص ٤٨) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الطالبة بأجر الأرض مؤسسة على أن للدعي عليه شغلها بنهر حق وبفك حرم مالكها للدعي من الانتفاع بها ، وكان واقع الحال أن للدعي عليه قد ادعى أن اللباني للشغلة بها الأرض حق البقاء والقرار عليها ورفض لزامها ، ثم حكم بعدم حقه في ذلك ويوجب الإزالة ، فإن للدعي يكون بهذا المسك مستحقاً للتعويض عن ضرر اللدعي عليه بلا نظر إلى ادعائه عدم انتفاعه باللباني بيني الزمن ، لأن الملك لم يمتد له بهذا الانتفاع ، والأجر التي يطلبه إنما هو في مقابل شغل أرضه بلا مسوغ قانوني لاق مقابل الانتفاع باللباني . وذلك يكون للدعي عليه مستولاً عن أجر الأرض من يوم استغلقه عليه إلى يوم إزالة اللباني . (محكمة النقض في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ م ١٠٧) .

وانظر أيضاً في الإثراء عن طريق الانتفاع بالعين انتفاعاً مؤقتاً محكمة النقض الفرنسية في ١١

ديسمبر سنة ١٩٢٨ دلاوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ١٨ .

(٥) انظر محكمة الاستئناف المختطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ م ٣٣٨ .

موسيقى وانضع الغير بهذا أو بذلك دون عقد . ومثل العمل أيضاً خطية تعمل لخطيها دون أجر ثم لا يتم الزواج ، وعارف الأنساب يهدى الوارث إلى ميراث كان يجهله دون اتفاق على الأجر ، والسماح لا يتم الصفقة على يديه ولكنه هو الذي يجمع بين البائع والمشتري (١) .

٧٥٩- الإثراء السليبي : وقد يكون الإثراء سليباً . ومن صور هذا الإثراء أن يوفى شخص بدين على آخر ، فيثري هذا إثراء سليباً عن طريق التقص فيما عليه من ديون . مثل ذلك المستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة وهي واجبة على المؤجر ، والتاجر يحضر الزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقها واجبة على الزوج ، والمشتري لعقار مرهون يدفع دين الراهن (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المظتعة بأن التبرع الذي ينضم بمجهود شخص وبسلامته التجارية في الخارج يكون قد أرى على حاسبه (محكمة الاستئناف المظتعة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٦٥) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه «إذا اشترى أشخاص أرضاً ودفعوا ثمنها كاملاً للبائع ، ولم يلتزموا بقدم دفع أى دين على الأرض . ثم اشترى شخص آخر بقا الأرض للملوك البائع ، ووجد أنها مرهونة هي والأرض المبيعة لسواه من قبل ، فقدم ما على الأرض كلها من ديون ، كان الدين اشترىوا فيه ملزمين بأن يسدوا للمشتري المذكور ما دفعه عن أرضهم ، لأنه مع التسليم بعدم التزام هؤلاء المشتريين شخصياً بالدفع ، إلا أنهم قد استفادوا فعلاً من دفع صاحب الأرض المشتركة مع أرضهم في ضمان الدين . ولا يجوز أن يستفيدوا هذه الفائدة على حساب غيرهم بدون مقابل ، خصوصاً وأن المشتري لم يكن متعلوماً في سداد ذلك الدين ، بل كان مجبراً على سداحه لدفع عن أرضه خطر نزاع الملكية ، ولم يكن لديه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر ما دام أن الدين مضمون برهن غير قابل للتجزئة على أرضه وأرض البائع . والقول بغير ذلك ويعدم التزام من اشترىوا قبلاً بدفع ما سده عنهم للمشتري الأخير من الدين المطلوب على أرضهم فيه كل معنى للإثراء على حساب الغير ، لأن الإثراء كما يكون بأخذ مبلغ بلا مقابل يكون أيضاً بتوفير مبلغ واجب الدفع ، لأن هذا التوفير يزيد من طريق غير مباشر في ثروة الماترم بالدفع ، فبدلاً من أن تنقص تبقى كما هي» (محكمة استئناف مصر في ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحلطة ١٦ رقم ٧٥ ص ١٦١) .

وقضت محكمة النقض بأن «الكفيل الذي ضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كلفه منهم الحق في المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملاً بالادة ٥٠٥ من القانون المدني (م ٨٠٠ جديد) ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكتوفه حقه قبلهم في المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم وذلك عملاً بالادة ١٤١ من القانون المدني (م ٢٣٥ جديد) . (والثاني) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير عملاً بالادة ١٤٤ =

ومن صور الإثراء السلبي كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتملاً ، فيترى إثراء سلبياً بقدر ما تجنب من خسارة . مثل ذلك الجار يظف متاعاً له حتى يظفي حرقاً شديداً في منزل جاره ، وروان السفينة يلقى ببعض ما تحمل السفينة حتى يتخذ السفينة من الفرق (١) .

الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر :

٧٦٠- القاعدة المباشرة : يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل ، في أية صورة من صوره ، مباشرة من مال المقتصر إلى مال المثرى ، إما بفعل المقتصر وإما بفعل المثرى نفسه . مثل الانتقال بفعل المقتصر من يبيع دين غيره ، والمستأجر يقرم بالرميمات الحسمة في العين المؤجرة (٢) . ومثل الانتقال بفعل المثرى

(م) ١٧٩٩ (جديد) (حكمه التقضي في ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ ص ٦١) .
أظن أيضاً في الإثراء عن طريق سداد دين على المثرى حكمه التقضي الفرنسي في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٦١٥ - وحكما آخر في ٤ يولية سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ١٠٢ .

(١) ومثل ذلك أيضاً - من قضاء حكمه التقضي - أن يقدم غلط وقت يطلب شراء أطبان بحال البذل للتجسد ، فيقدم شخص غريباً يلزم في إتمام الصفقة ، ويثبت أن الأطبان المراد شراؤها ليست ملكاً للبائع بل هي موقوفة ولا يصح التصرف فيها . فيترجم جهده فاقعة كبرى لجهة الوقت إذ يبيع ضياع آلاف من المنهيات كانت على وشك الشياح لو تم الاستبدال الذي عمل على منه . فالتضيق الممنوع هنا قد انقصر بقدر ما تكلمه من مصروفات وأغلب علامة الوصول إلى النتيجة التي وصل إليها ، ووجهة الوقت قد أثرت على حسابها بقدر ما جنيها من خسارة كانت على وشك تحملها . وتكون مطالبة هذا الشخص الممنوع لجهة الوقت بما تجبسه من مصروفات وأغلب علامة هي مطالبة عن أداء لتضع بما استغاد ، وتكون دعواه هي دعوى الإثراء بنهر سبب (حكمه التقضي في ٤ يولية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٧٣ ص ١١٤٥) .

أظن أيضاً في الإثراء عن طريق تجنب المثرى خسارة أو التوفير عليه في مصروف حكمه التقضي الفرنسي في ١٥ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٧٥ (لغاية حريق) - وحكما آخر في ٢٣ أبريل سنة ١٩١٢ سيرة ١٩١٢ - ١ - ٥١٣ . وانظر في هذا المثل يودري وبلود ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٨) - ديموج ٣ فقرة ١٤٩ .

(٢) أظن في أمثلة أخرى من القضاء المصري حكمه استئناف مصر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٣ (الراسي عليه الزاد أحدث إصلاحات في العين التي رسا مزادها عليه) - حكمه الاستئناف المخططة في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٥ (للتأجير الذي أبطل لإيجاره أو منقح أحدث إصلاحات في العين المؤجرة) - حكمه الاستئناف المخططة في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ وفي ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ (المهندس الذي قام بعمل معروفات أو -

من يستولى على مال لغيره دون حق ، ومن يستهلك المياه والنور من مواسير وأسلاك خفية (١). وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة ، كما يحدث في طرح البحر ، فيكون الإثراء مباشراً .

٧٦١- **الإثراء غير المباشر** : ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل أجنبي في نقله من مال المقتصر إلى مال المثلّى . وقد يقع تدخل الأجنبي عن طريق عمل مادي كريان السفينة يلقي ببعض ما تعمل إلى البحر لإتقاذ الباقي من الفرق ، وكفرقة إطفاء الحريق تتلف متاعاً للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق ، وكالمقتصب يبنى بمواد غيره في الأرض المقتصة (٢) . وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانوني . مثل ذلك أن يشتري شخص سيارة من آخر ، ثم يبيعها إلى «ميكانيكي» لإصلاحها ، وينسخ عقد بيع السيارة ، فيرجع الميكانيكي وهو المقتصر بمصرفات الإصلاح على البائع وهو المثلّى ، ويكون المشتري هنا هو الأجنبي الذي تدخل بعمل قانوني في نقل الإثراء من المقتصر إلى المثلّى . والعمل القانوني هو عقد المعاولة الذي أبرمه المشتري مع الميكانيكي لإصلاح السيارة (٣) . ومثل ذلك أيضاً مستأجر الأرض الزراعية يشتري سهاداً للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه ، فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التي انتفعت

==تصميمات==
عكسة الاستئناف المخططة في ١٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٢٦٥ وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ من ٤٢ وفي ١٠ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٣٧ وفي أول مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ٦٨ (التاجر والمحامي والمسار يؤدون خدمات دون سابق اتفاق) .

(١) استئناف مخطط في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ١٧٠ (وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) . أنظر أيضاً استئناف مخطط في ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ من ١٨ (شخص يتنعم بتقود مملوكة لغيره دون عقد قرض) - استئناف مخطط في ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٣٨ (شخص يسكن عماراً مملوكة لغيره دون عقد إيجار) .

(٢) وقد يكون الأجنبي المتدخل بسل مادي هو ناظر الوقت يقتصر مالا دون إذن القاضي يدخل به تعديلات على البن الووقفة فيطال القرض ويرجع القرض على الوقت بدعوى الإثراء (عكسة الاستئناف المخططة في أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٢٥٩) وأنظر أيضاً استئناف مخطط في ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٧٦ وفي ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٢٣ وفي ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٣٤٥ . وأنظر أيضاً استئناف مخطط في ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ من ٦١ .

(٣) وللميكانيكي بدعوى أن يرجع على المشتري الذي تنازل عنه على إصلاح السيارة بدعوى القصد .

بالمساحد جاز للتاجر وهو المفترض أن يرجع على المالك وهو المرى بقدر ما عاد به المساحد على الزراعة من تقع في حدود التمن ، والأجنبي الذى تدخل هنا هو المستأجر . وتدخله وقع عن طريق عمل قانونى هو شراء المساحد (١) . ومثل ذلك أخبر أن يعمد مدير شركة إلى اختلاس أسهم لما يرضها في قرض يعود بالنفع على شركة أخرى هو أيضاً مديرها ، فترجع الشركة الأولى وهى المفترضة على الشركة الثانية وهى المربة بدعوى الإثراء ، والأجنبي الذى تدخل هنا هو المدير الذى اختلس الأسهم ، والعمل القانونى الذى عن طريقه تم التدخل هو عمل من أعمال الإدارة قام به المدير بالنسبة إلى الشركة الثانية فجعلها تنفع بالقرض الذى حصل عليه برهن الأسهم المختلة (٢) .

(١) أنظر مارافان (Maravants) في رسالته المنشورة في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٧٢ — هنا وقد فقت محكمة استئناف أسبوط بأنه إذا عرض المالك أرضه لتأجير بالزاد ورسا مزادها على شخص دفع التأمين ، وبعد تولت المدة المسموح فيها بتقديم عطاءات جديدة زرع الأرض ثم أكرها المالك لآخر بناء على شرط في فاتحة المزاد يسع له بذلك ، كان المالك ملزماً بأن يرد إلى من رسا عليه المزاد قيمة ما صرفه في الزراعة لأنه زرع في أرضه بحسن نية ولأنه لا يجوز قانوناً الإثراء بلا مقابل . ولذا كان المالك سلب الأرض بما عليها من الزراعة إلى مستأجره حق له أن يطالبه بما انتفع به من زرع غيره . أما الراسى عليه المزاد فلا علاقة له بالمستأجر حتى يطالبه ببيع ماء (استئناف أسبوط في ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحبوعة الرسمية رقم ٣٣ رقم ٣٩ ص ٧٢) . هذا ويلاحظ هنا أن الإثراء في حالة رجوع الراسى عليه المزاد على المالك هو إثراء مباشر ، وفي حالة رجوع المالك على المستأجر هو إثراء غير مباشر يتدخل من الراسى عليه المزاد عن طريق أعمال مادية أو أعمال قانونية وفقاً لطبيعة السبل التى قام به الراسى عليه المزاد لزراعة الأرض .

وكالمستأجر للأرض الزراعية يدرس فيها زرعاً للفاول يقيم بناء على أرض مؤجرة تنفيذاً لقد يتم بينه وبين المستأجر ، فيحق للفاول الرجوع على المالك بدعوى الإثراء ، والإثراء هنا غير مباشر يتدخل من المستأجر عن طريق عمل قانونى هو العقد الذى تم بينه وبين للفاول (أنظر محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحللة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) . ودعوى الإثراء التى تصل للفاول في هذا القرض هى غير حق الاستيفاء الذى قرره القانون للذى الجديد للفاولين (ظن حكم محكمة الاستئناف المختلة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٤ ص ٥٣) — ويلاحظ في هذه الأمثلة أن المؤجر لم يشترط في عقد الإيجار أن يكون البناء أو التراس له عند نهاية الإيجار ولا لكان لإثرائه سبب هو عقد الإيجار كاسيأتى .

(٢) محكمة الاستئناف المختلة في ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ . أما الفقه في مصر فكالمصداق يميز الإثراء غير المباشر (والنون ٢ ص ١٧٤ — ص ١٧٧ — للوجز للوفاء فقرة ٣٨٦ — حشمت أبو سنيت فقرة ٥٣٧) . ولا يميز القانون بين الأمانى والوسيرى =

الإثراء اللادى والإثراء المعنوى :

٧٦٢- الإثراء اللادى : الأصل فى الإثراء أن يكون مادياً . وفيما قلناه من الأمثلة فى الإثراء الإيجابى والسلبى ، والمباشر وغير المباشر ، ما يتيقن منه أن الإثراء هو قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ففة المرى .

٧٦٣- الإثراء المعنوى : ولكن الإثراء قد يكون معنوياً ، كأن يكون إثراء عقلياً أو أدبياً أو صحياً . فالدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثرى إثراء عقلياً . والحماى وهو يحصل على حكم ببراءة المهمل يجعله يثرى إثراء أدبياً . والطبيب وهو يشفى المريض يجعله يثرى إثراء صحياً . فهل يصلح الإثراء المعنوى كالإثراء اللادى ركناً لقاعدة الإثراء بلا سبب ؟

ارتطمت هذه القاعدة هنا ، كما ارتطمت فى الإثراء الناتج عن منفعة أو عن عمل وفى الإثراء غير المباشر ، بعقبات ما لبثت أن ذهبها . فقد رأينا كيف أن الفقه فى فرنسا كان يأبى أن يتحقق الإثراء عن طريق منفعة أو عمل ، ثم تطور فأجاز ذلك ، وتحمرت قاعدة الإثراء من هنا القيد . ورأينا كيف أن النظرية الألمانية تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ، ولكن قاعدة الإثراء تحمرت من هنا القيد أيضاً فى فرنسا وفى مصر . وهنا كذلك نرى أن القانونين الألمانى والسويسرى يشترطان فى نصوصهما أن يكون الإثراء ذا قيمة مادية (auf dessen kosten) ، ونرى جانباً من الفقه فى فرنسا يقول بهذا الرأى (١) . ولكن قاعدة الإثراء تحمرت أيضاً من هذا القيد الثالث . وأصبح جمهور

الإثراء غير المباشر (أنظر رسالة مونيوس Monius ١٢١ - من ١٢٣ و ١٦٠ - من ١٦٥) . والقانون المصرى الجديد لم ينصرف عن خاليله اللامنية فهو ، كالقانون القديم ، يميز الإثراء غير المباشر (أنظر فى هذا الموضوع رسالة موراغان ص ٧١ - من ٧٤ وبخاتمة آخر ص ٧٤) .

(١) ريتار (المجلة الفصلية للقانون للدن سنة ١٩٢٠) ص ٢٤٨ - بتكاز (Bonnecase) ملحق مبسوط بودرى ص ٣٤٢ . ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه فى فرنسا الذى يقول بهذا الرأى هو الجانب الذى ينظر إلى قاعدة الإثراء بلا سبب نظرة مادية على اعتبار أنها تنظم علاقة ففة مالية بصفة مالية أخرى ، لا نظرة ذاتية على اعتبار أنها تنظم واجبات الأفراد الأدبية بعضهم بعض . ومن هذا الرأى الأخير الأستاذ ريبير فى كتابه المعروف « القاعدة الأدبية فى الالتزامات » . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ونعتمد الإشارة إلى أن بسن ضروب الإثراء المعنوى يمكن اعتباره ذا قيمة مادية ، كما فى براءة للهم وفى شفاء المريض .

الفقهاء في مصر (١) وفي فرنسا (٢) يقولون يجوز أن يكون الإثراء معنوياً ما دام من المستطاع أن يقدر بحال ، سواء في ذاته أو من ناحية الافتقار الذي يقابله (٣) . وبهذا الرأي جرى القضاء في فرنسا (٤) وفي مصر (٥) .

(١) والتون ٢ ص ١٨٦ — الموجز لمؤلف مجلة مصر الصرية سنة ١٩٤٩ في نظرية الالتزامات ٢٣٠ ص ٣٩٠ — مارافان (Maravani) مجلة مصر الصرية سنة ١٩٤٩ ص ٥٩ — ص ٦١ .

(٢) بلانيول وريير وإسحاق ٧ مجلة مصر الصرية سنة ١٩٤٩ ص ٤٩ — رولست (المجلة القضائية للتانون المدني سنة ١٩٢٢) ص ٥٤ — موسيو (Moussieu) ص ١٩٧ وما بعدها — بلانيول وريير وبولانييه ٢ مجلة مصر الصرية سنة ١٩٢٧ — جوسران ٢ مجلة مصر الصرية سنة ١٩٠٠ ص ٢٤١ .

وبلاحظ أن الإثراء المعنوي في قاعدة الإثراء بلا سبب عانى من الصعوبات في الاعتراف به ما عاناه الضرر الأدبي (préjudice moral) في نظرية المسؤولية التضامنية . على أن الضرر الأدبي قد أصبح الآن مقترفاً به إلى حد أبعد من المدعى اعترف فيه بالإثراء المعنوي (أظهر في هذا المعنى ديموج ٣ مجلة مصر الصرية سنة ١٩٤٩ ص ٦٠) . ويقول الأستاذ فرانسا جوريف في كتابه في الإثراء على حساب الغير (باريس ص ٦٢ — ص ٦٣) أن التوضيح عن الضرر الأدبي في المسؤولية التضامنية أوسع مدى من التوضيح عن الإثراء المعنوي في قاعدة الإثراء بلا سبب . ومثل ذلك بأن التوضيح في المسؤولية التضامنية ليس عدلياً (équivalence) عن الحسارة التي لحقت بالضرر ، بل هو عوض (compensation) عن هذه الحسارة ؛ أما في الإثراء بلا سبب فالتوضيح هو تعديل الإثراء لا عوض عنه . والتعديل غير العادل ، إذ الحسارة الأدبية التي لا يمكن تقديرها بحال قد يكون لها عوض ولا يكون لها تعديل . فإذا لم يكن الإثراء المعنوي مما يمكن تقديره بحال تنفر أن يكون له تعديل ، وإن جاز أن يكون له عوض ، فلا يصح أن يقوم ركناً في قاعدة الإثراء بلا سبب . ونحن نرى أن التمييز ما بين التعديل والعوض في نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية المسؤولية التضامنية إنما يرجع إلى مختلف من نزعة الاستعانة بالمؤلفه التي لا تزال نظرية الإثراء بلا سبب تواجهها حتى اليوم .

(٣) أظهر بلانيول وريير وإسحاق ٧ مجلة مصر الصرية سنة ١٩٢٧ ص ٤٩ — مارافان مجلة مصر الصرية ص ٦١ .

(٤) محكمة التضامنية في ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ — ١ — ٤٥٧ — وفي ١٣ يولية سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٧ — ١ — ٥٩٦ — وفي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٢ — ١ — ٢١٢ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ — ١ — ١٧٧ — وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ ص ١٨١ — محكمة موبليه في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣ (الأجر عن التدريس في حالة إعسار وهو المثلث وسفر في موضع آخر أن إراء الخليفة عنه لا سبب قانوني) — محكمة إكس في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٨ سيرة ٩٠ — ٢ — ٢٥ (تعيين حالة مريض في مستشفى الأمراض العقلية وكانت قواعد القضاة من المنطقة في هذه القضية) .

(٥) محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (الانضاع =

المبحث الثاني

افتقار الدائن

(Appauvrissement du créancier)

٧٦٤- الافتقار وعموم السلبية بالأثر: الركن الثاني لقاعدة الإثراء

بلا سبب هو افتقار الدائن افتقاراً ترتب عليه إثراء المدين . فيجب إذن أن يكون هناك افتقار في جانب الدائن ، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين (١).

٧٦٥- وجوب نقص الافتقار : فإذا تحقق الإثراء في جانب شخص .

ولم يقابله افتقار في جانب الشخص الآخر ، لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإثراء . ذلك أن المثرى لا يلزم إلا بدفع أدنى القيمتين ، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار ، والمفروض أن الافتقار معلوم فلا يلزم المثرى إذن بشئ .

== بالصلوات التجبرية وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) - ومع ذلك أنظر حكماً لمحكمة طرابلس الوطنية في ٢٦ يولية سنة ١٩٣٥ (المجلد ١٥ رقم ٢٢٢ ص ٤٠٧) تحول فيه : « أما الإثراء الأدنى الذى ينتج تحسین حالة فرد أو جماعة من تاجية أدنية احتمالية محضة فلا يسلى حقاً في دعوى الإثراء بلا سبب وإن كان القضاء الفرنسى قد أجاز أخيراً هذه الدعوى للدائن الذى زاد في ثروة المدين الضحية والمخلفة كالمرى » .

ونحن لا تردد في القول بمجواز أن يكون الإثراء منسوباً - وقد استعملنا لفظ « المنسوب » هنا بمعنى واسع فشمّل الإثراء المصحى والجسسى ويمتد هذا النوع من الإثراء عادة لإثراء ذاتية مادية ، سواء في ظل القانون المدين القديم أو في ظل القانون المدين الجديد (أنظر ملاحظتنا على مصر المصرية ص ٦١ حاشية رقم ٦) . فلو أن مئة للأثر وقت إلى كشف أثرية تزع النسوس عن حقائق علمية وتاريخية ، وكان الأخلاق بينها وبين مصلحة الآثار أن يكون لهذه المصلحة ملكية هذه الكشف ، لجاز في رأينا أن يكون لدائن هذه البعثة الرجوع على مصلحة الآثار بما أثرت به من قيم منوية - وهنا يمكن تقديرها بالمال - في حدود ما لهم من ديون في قيمة البعثة صرفت في القيام بهذه الكشف الأثرية .

(١) وقد رأينا أن بعض القهاء يذهب إلى أنه يمكن إثراء المدين دون أن يجال ذلك افتقار في جانب الدائن ، ويقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على المنفعة المستحقة (profits créés) مقابلين بينها وبين الضرر المستحدث (risque créé) . ولكن هذه النظرية ، كطرية الضرر المستحدث أو تحمل البعثة ، لم يقيس لها النجاح لا في القضاء ولا في الفقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويترتب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة في منزله يطل عليها منزل الجار ، وجعل هذه الحديقة حتى أصبحت سياً في رفع قيمة منزل الجار ، فالجار في هذه الحالة يكون قد أثرى . ولكن صاحب الحديقة لم يفتخ ، فإنه أنشأ الحديقة لمنفعة وقد جنى هذه المنفعة كاملة ، وما أنفق في إنشاء الحديقة وتجميلها قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها . فهو قد أخذ المقابل لما أنفق ، ولم يخسر شيئاً ، فلا يرجع بشيء على جاره (١) .

كذلك إذا استحدث المستأجر ، دون اتفاق مع المالك ، إصلاحات في العين المؤجرة تريد في منفعتها ، واستوفى هذه المنفعة كاملة ، فإنه لا يرجع على المالك بشيء ، وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من الإصلاحات وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية ، بل يجب عليه ذلك إذا طلب المالك (٢) .

(١) ونظير على هذا التل كل حالة يتفق فيها الشخص لطلب منفعة يستوفيا — بجو جبراً أو بشق ترعة أو يميل مبنى أو يصنع حياً — فهو قد انتفع بقدر ما أُنق ، وإذا كان غيره قد أفاد من عمله فهو لم تلحقه أية خسارة . ويمكن القول هنا إن الانتفاع له سبب هو المنفعة التي حصل عليها . ولكن «سبب» الانتفاع غير «سبب» الإثراء ، وسرى ذلك عند بحث ركن انعدام السبب (أنظر بلاتنول وروبير وإسان ٧ فقرة ٧٦١) .

ويلاحظ أن بعض المحاكم تبرر خطأ عن المبنى الذي نحن بصدده بانعدام البنية المباشرة بين الإثراء والانتفاع ، فتقول في شخص يقيم بناء لمصلحة فيستفيد جاره عرضاً من هذا البناء ألا عمل هنا للطالبة بدعوى الإثراء «لأن المنفعة جاءت من طريق غير مباشرة» «والواجب أن يكون بين الاستفادة والضرر رابطة البنية» . (الرواسي في ١٧ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٧٥ ص ١٠٩٥) .

(٢) وسرى عند الكلام في القضاة أن المستأجر إذا أجرى إصلاحات في العين المؤجرة لمنفعة الشخصية لا يكون فضولياً ولا يستلج أن يرجع بدعوى القضاة على المالك ، لأنه لم يقصد به إلا تدبير شؤون الشخصية لا تدبير شؤون المالك . فالمستأجر في هذه الحالة لا يرجع على المالك لا بدعوى القضاة ولا بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بما يأتي : « إن عمل تطبيق نظرية الإثراء ينير سبب على حساب الغير ودعوى الفضول هو أن يكون الإثراء ينير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضول لمساب المالك لا لمساه الخاص لفرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فتأجر الأرض الذي يجري تحسينات فيها ويقم مبانٍ ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصي رغم الخطر الصريح عليه في عقد الإيجار يعدم لإجرائه شيء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات في العين المؤجرة » . (استئناف مصر في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٧٥ ص ١٧٥ — المضافة ١٨ رقم ٧٢ ص ١٥٠) . ويبدو أن المحكمة أسست رفض دعوى الإثراء على انعدام السبب القانوني ، وكان الأول أن تؤسس على انعدام الانتفاع .

ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين . فيكون لافتقار إيجابياً أو سلبياً ، مباشراً أو غير مباشر ، مادياً أو معنوياً .

٧٦- الافتقار الإيجابى والافتقار السلبى : يكون الافتقار إيجابياً إذا

قد المقتصر حقاً ، عيناً كان أو شخصياً ، أو انقضى حقه . ويتحقق هذا عادة بالإتفاق . فإذا أُنقِض الراسى عليه المزاو لإصلاح العين التى رسا عليه مزادها ثم آلت العين إلى شخص آخر ، أو دفع شخص ديناً فى ذمة غيره ، أو قام مساهم فى شركة برفع دعوى تحمل فقهاً ليسترد من مدير هذه الشركة مالا لما فى يده (١) ، ففى كل هذه الأحوال يكون هناك افتقار إيجابى فى جانب المقتصر .

ويكون الافتقار سلبياً إذا فأت المقتصر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها ، فيفتقر ، لا بقدر ما تحمل من خسارة كما فى الافتقار الإيجابى ، بل بقدر ما فاته من منفعة . مثل ذلك أن يقوم المقتصر دون اتفاق بأداء عمل للغير ، فيفتقر بما فاته من منفعة هى أجر هذا العمل . ومثل ذلك أيضاً أن يسكن شخص منزلاً لآخر دون عقد إيجار ، فيفتقر صاحب المنزل بما فاته من منفعة هى أجرة منزله . ومثل ذلك أخيراً المهنتس صاحب التصميم ، والموسقى صاحب اللحن ، والعارف بالأنساب الذى هدى الوارث إلى ميراثه ، والسمسار الذى جمع ما بين البائع والمشتري ، كل هؤلاء افتقروا بما فاتهم من منفعة هى أجر عملهم ، فافتقارهم إذن سلبى (٢).

ويلاحظ أن الافتقار السلبى لا يقابله ضرورة إثراء سلبى . فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبى إثراء إيجابى ، كما هو الأمر فى الحالات المتضمنة وفى كل حالة أخرى يقدم فيها المقتصر عملاً أو منفعة للمرى ، فإن الإثراء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثراء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثراء

(١) عمكة الإسكندرية الابتدائية المخططة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ جلزت ٢ ص ٦٣ — أُنظر أيضاً عمكة الاستئناف المخططة فى ٥ يولية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٨ — وطارن عمكة الاستئناف المخططة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ .

(٢) أُنظر فى هذا المعنى عمكة الاستئناف المخططة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جلزت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ .

افتقاراً سلبياً كما رأينا. وبالعكس قد يقابل الإثراء السلبى افتقاراً إيجابياً ، فمن يفتح دين غيره يفقر افتقاراً إيجابياً يقابله إثراء سلبى فى جانب المدين .

٧٦٧- الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر: وعلى العكس من ذلك

الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر ، فكل افتقار مباشر يقابله إثراء مباشر ، وكل افتقار غير مباشر يقابله إثراء غير مباشر . ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المقر إلى مال المرى فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً فى هذه الحالة . وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبى ، تدخل مادية أو تدخل قانونياً ، فكل من الإثراء والافتقار غير مباشر . وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك .

٧٦٨- الافتقار المادى والافتقار المعنوى وإذا كان الأصل فى الافتقار

أن يكون مادياً كما مر بنا فى الأمثلة المتقدمة ، فإنه كالإثراء قد يكون معنوياً . فالشخص الذى نفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفقر افتقاراً مادياً بل معنوياً (١). وهنا هو الشأن فى افتقار المهندس الذى يعمل فى مصنع فيعقر على اختراع يفيد منه المصنع (٢).

٧٦٩- السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء: ولا يكتفى أن يتحقق الافتقار.

بل يجب أيضاً ، كما أسقنا أقول ، أن يكون هذا الافتقار هو السبب المباشر فى إثراء المدين . وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والإثراء إذا كانت واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل منهما ، كما رأينا فى الأمثلة التى قلعتها فى الصور المختلفة للإثراء والافتقار . فإذا دفع شخص دين غيره ، فإن افتقاره وإثراء المدين لهما سبب مباشر واحد ، هو دفع الدين . وليس من الضروري أن تكون واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار ، بل يكتفى حتى تقوم هذه السببية المباشرة الثابت من أن إثراء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون ، يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف القضية ولا معقب عليه

(١) عمكة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٦٥ (وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) عمكة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣٨ .

في ذلك (١).

وعند تعدد أسباب الإثراء يجوز أن تخلل علاقة السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار على النحو الذي حللنا به علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر في المسؤولية التصويرية . ويمكن هنا أيضاً المقاضلة بين نظريتي تكافؤ الأسباب (équivalence des causes) والسبب المنتج (cause efficiente) ، والوقوف عند نظرية السبب المنتج للقول بوجود سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء . فلذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثراء وجعلت العلاقة المباشرة فيما بينهما . ويرتّب على ما قلناه أن المدينة إذا اقتست رقعته وعلت قيمة مائتها ، فليس من الضروري أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المائتي . فكلو هذه القيمة يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها ، ولكن هذا السبب لا يكون في الراجع هو السبب المنتج ، إذ أن المائتي في كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة ، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب في علو قيمة المائتي (٢) . ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون في كثير من الأحوال هو السبب المنتج في علو قيمة الأرض الواقعة على جانبي الشارع (٣) .

(١) مرافان بجة مصر المصرية ص ٩١ - ص ٩٣ - ديجو ٣ ققرة ١٥٦ - أوبري ورو وبارتان ٩ ص ٣٥٨ - بلانيول وريير وإسان ٧ ققرة ٧٥٥ .

(٢) أنظر في هذا المعنى ديجو ٣ ققرة ١٥٦ ص ٢٥١ .

(٣) ويؤيد ذلك القوانين الخاصة التي تجعل للحكومة الحق في تقاضي تعويض من ملاك الأراضي على جانبي الشارع الجديد في مقابل ما عتقروا به من علو قيمة أراضيهم بسبب هذا الشارع الجديد .

هذا وهناك رأى يقضى بأنه إذا كان افتقار الدائن مقترناً بخطأ منه ، فلا يستطیع الرجوع بدعوى الإثراء (كولان وكاجيتان وجوليوس لاسور وأندريه ٢ باريس سنة ١٩٤٨ ققرة ٤١١ ص ٢٩٩ - بلانيول وريير وبولانيه ٢ باريس سنة ١٩٤٩ ققرة ١٢٦٩ - ذهني بك في نظرية الالتزام ققرة ٧٠٦) . ويستند هذا الرأي إلى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية (١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ - ١ - ٣٩٣) في قضية ثبت فيها أن مصرفاً أعطى مديناً قرصاً لبنى بدين عليه مضمون برهن في الدرجة الأولى ، وأهل المصرف في أن يقوم بإجراءات الحلول على الدائن المرتهن الأولى ، وترتب على هذا الإهمال أن الدائن المرتهن في المرتبة الثانية لوضع إلى المرتبة الأولى . فرفع المصرف على هذا الدائن بدعوى الإثراء إذ قد استفاد من افتقار المصرف فأصبح في المرتبة الأولى وجاء المصرف بعده ، فرفضت المحكمة دعوى المصرف ، =

المبحث الثالث

انعدام السبب

(Absence de cause)

٧٧٠- تجرد الإثراء عن سبب يبرره . يجب ، حتى تقوم دعوى الإثراء ، أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره . ذلك أن الإثراء إذا كان له سبب فلا محل لاسترداده ، وللمثري أن يحفظ به ما دام أن له سبباً يبرر الحصول عليه (١) . ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد معنى «السبب» . وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل في تعقيد نظرية الإثراء وفي الفموض الذي أحاط بها حقبة طويلة . ونحن نستعرض في إيجاز بعضاً من هذه الآراء الفقهية المتعارضة ، ثم نبين معنى «سبب الإثراء» في القانون المصري الجديد .

== وبنت حكماً على أن الصرف قد أهل في عدم اتخاذ إجراءات الملول . والرأى الصحيح في نظراً أن الصرف ترفض دعواه لا لأنه أهل في عدم اتخاذ إجراءات الملول كما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية ، بل لأن القائن التي ارضع إلى الرتبة الأولى قد أرى بسبب مشروع إذ استفاد بمقتضى مركز قانون وضعه فيه القانون . وسنرى تحصيل ذلك في الكلام عن سبب الإثراء .

ولا يوجد في القواعد العامة التي يقوم عليها مبدأ الإثراء بلا سبب ما يؤيد الرأى الذي تقدم . ذلك أنه متى ثبت أن شخصاً اختار فاعته غيره على حساب دون سبب مشروع ، فإن المدعى خصي بتحويل القدر ، سواء اقترن اختاره بإعمال منه أو لم يقترن . وإلزاماً واجب التصويض لأن أحد الشخصين اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع ، وهذا الأساس قائم سواء كان القدر مهبلاً أو غير مهبلاً .

يؤيد ذلك أن التطبيقات التفسيرية لمبدأ الإثراء بلا سبب لم يحل بعضها من أن يكون القدر فيها مهبلاً بل نى النية . فمن نى أو غرس في أرض غيره ولو بسوء نية لم يحرم من التصويض (م ٩٧٤) . كذلك لم يميز للشرع فيمن يتعامل مع ناقص الأهلية بين حسن النية وسيئها فكلامها يتطبع الرجوع بدعوى الإثراء فيما إذا طلب ناقص الأهلية إبطال القدر (١٤٢م) . (أنظر في هذا الموضوع الموجز للزكوة نقرة ٣٨٣ وقد قلنا عنه ما قدمناه في هذا العدد . وانظر الدكتور حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام نقرة ٥٣٦ في آخرها) .

(١) محكمة الاستئناف المخططة في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ نقرة ٤٠ ص ٣١٥ .

اختلاف الفقهاء في تحديد معنى السبب :

٧٧١- المعنى الأدبي : يرى الأستاذ بيير في موقفه المعروف والقاعدة الأدبية (١) أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبي . وعنده أن الإثراء يكون له سبب إذا كان من العدل أن يستقى المثرى ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر . ولذلك نراه يسمي الإثراء بلا سبب «الإثراء غير العادل» (*enrichissement injuste*) . وهو يترك للقاضي تقدير ما إذا كان من العدل أن يستقى المثرى إثراءه فلا يحكم بالرد ، وإلا حكم به . ويلهب الأستاذ بتكاز (*Bonaccase*) هو أيضاً إلى هذا المعنى الأدبي (٢) .
وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء بلا سبب إلى معنى غامض غير محدد ، هو المعنى العام للمدالة ، يجرّد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار .

٧٧٢- المعنى الاقتصادي القانوني : ولهب طاقة أخرى من الفقهاء إلى أن للسبب معنى اقتصادياً قانونياً . فالسبب هو العوض (*compensation*) عن الإثراء : وما دام للإثراء عوض فهو لا يسترد . غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معنى والعوض .
فيرى الأستاذ موري (*Maury*) أنه هو البديل (*equivalent*) من الناحية الاقتصادية وهو الحق الأدبي (*droit moral*) من الناحية الحلقية (٣) .
ويرى الأستاذ رواست (*Rouast*) أن العوض ينطوي على معنى أعم من معنى البديل ، فهو المقابل (*contre-partie*) . ويختلف «المقابل» عن «البديل» في أن للمقابل معنى قانونياً . فأى «مقابل» يصلح قانوناً لأن يكون عوضاً للإثراء يمنع من الاسترداد (٤) .

ويرى الأستاذ ديموج أن العوض هو «النظير» (*contre-prestation*) الذي

(١) فقرة ١٤٧ .

(٢) ملحق مبسوط بومري ٣ فقرة ١٧٦ وقرة ١٨٠ وقرة ١٨١ .

(٣) أنظر مؤلفه «بحث في معنى التعادل في القانون الفرنسي» (*Essai sur le rôle*

de la notion d'équivalence en dr. civ. fr.) جزء ٢ ص ٣٥٢ .

(٤) رواست الحلقية الفصلية لقانون اللدني سنة ١٩٢٢ ص ٦٠ وما بعدها — أنظر أيضاً

بلايول وريبير وإسحاق ٧ فقرة ٧٥٨ .

يرجع حق المولى في استبقاء الإثراء على حق المقتصر في استرداده (١).
وكل هذه المعاني مبينة كما نرى، يقتضها التحديد، ويحيطها النموذج (٢).

(١) دوج ٣ ققرة ١٦١ وما بعدها .
(٢) أنظر بحثاً في هذه المسائل التشارية في رسالة الدكتور عمود أبو عاقبة «التصرف المبردة الفاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٤٩ - ص ١٨٥» (النسخة الفرنسية).
ونجد في هذه الرسالة بحثاً في تحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني. ويستخلص من هذا البحث أن القانون الألماني لا يقف عند معنى واحد للسبب. ففي الأعمال القانونية التي يترتب عليها نقل حق من ذمة إلى أخرى (actes d'attribution patrimoniale) يقوم التصرف إما على سبب الوفاء (causa solvendi) أو على سبب طرائية (causa credendi) أو على سبب التبرع (causa donandi). والسبب هنا هو الفرض الشخصي المباشر الذي يقصده المتصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب في العقد في النظرية الفرنسية التقليدية. فإذا كان التصرف مجرداً (acte abstrait) ولم يكن له سبب من هذه الأسباب الثلاثة، فإنه يبقى مع ذلك صحيحاً. لكن إذا هذه الفاتح جاز للدين أن يسترد مادته بدعوى الإثراء بلا سبب. ونرى من ذلك أن معنى «السبب» في الإثراء هو نفس معنى «السبب» في العقد. هذا إذا كان الإثراء آتياً من تضييد تصرف مجرد. أما إذا أتى الإثراء من عمل ليزاد صادر من المولى (بني في أرضه بأدوات غيره) أو عمل ليزاد صادر من أجنبي (بني في أرض غيره بأدوات شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر)، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان متفكراً مصدر قانوني يكسبه للمولى (تقدم أو حسن نية أو احتشاء مبداء أو قوة الشيء المنقضي). (أنظر الرسالة في نسخها الفرنسية ص ١٤٧ - ص ١٧٩).

ونرى الدكتور أبو عاقبة على القانون الألماني هذا الازدواج في معنى السبب وما يليه في نظرية الإثراء بلا سبب من اضطراب وتقييد، فيقول: «ذلك هي النظرية الأساسية في الإثراء بلا سبب أوجزنا حدودها فيما تقدم. وهي كما ترى لها خاصية بارزة، هي أنها تأخذ السبب القانوني للإثراء على متينين. فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (إضافة إلى القيمة) أخذته على معنى الفرض الشخصي (Zivock) الذي يقصده المقتصر. أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية أخذته على معنى السبب المنقضي (Rechtsgrund) ومرجه لزيادة القانون. ولا غرابة إذن في أن يلم الفقه الألماني باستحالة وضع صفة واحدة لفكرة السبب في الإثراء تنطبق على جميع الفروض. فكيف يمكن إعطاء صفة واحدة لفكرة لها معان، أحدها يربطها بإرادة الأفراد والآخر يربطها بإرادة القانون؟ هذه الصفة للزدوجة - رغم إجماع الفقه الألماني عليها - تبدو لنا متفككة متناثرة الأجزاء. فالفرض الشخصي ومرجه الإرادة الخاصة والسبب المنقضي ومرجه إرادة القانون هما فكرتان تناقض أحدهما الأخرى بحيث لا نستطيع جملتها تحت عنوان واحد هو «السبب» في الإثراء... إن السبب في هذه النظرية يرجع - بصفة خاصة - إلى الطريقة التقنية التي اتبناها الفقه الألماني لحل مشكلة السبب في الإثراء. فقد رأينا هنا الفقه يبدأ بالوسائل الآتية: متى يكون الإثراء بلا سبب؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصفة عامة يأخذ في معالجة مختلف فروس الإثراء بلا سبب كما هي معروفة في القانون الروماني. وكل ما يمكن أن يقال لصالح =

معنى السبب في القانون المصري الجديد :

٧٧٣- السبب هو المصدر القانوني لكسب الإثراء : والقانون المصري الجديد قاطع في تحديد معنى السبب . فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يستخلص منه في وضوح أن السبب هو المصدر القانونى الذى يكسب الثرى الإثراء فيجعل له الحق في استبقائه (١) .

فالسبب إذن له معنى قانونى بحث ، فلا يمت لاعتبارات أدبية كما يقول ريبير ولا لاعتبارات اقتصادية كما يرى مورى . وهذا المعنى هو أن يكون الثمرى حق قانونى في كسب الإثراء الذى حصل عليه . والحق هذا لا يعلو مصدره أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما كل الحقوق : التقدي أو القانون .

والأولى أن نقف عند هذا المعنى المحدد المنضبط ، فتكسب نظرية الإثراء بلا سبب من وراء ذلك ثباتاً وصلابة ، وتزداد إحكاماً ودقة ، وينزاح عنها هذا الجو من الغموض والتحكم الذى كان يسودها في الماضي . وإذا كان القانون المصري الجديد قد آثر هذا المعنى المحدد ، فذلك لأنه هو المعنى

== هذه الطريقة هو ما فيها من سر بلاء من كونها تقليدية موروثاً وسائدة في ألبان منذ دخول القانون الرومان فيها إلى يومنا هذا . ولكنها طريقة تتطوى على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية في مادة الإثراء ، وهى إيجاد صيغة عامة لنسب السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتبرطية هذا النسب بنسب القروض . ونحن لا نصدق في ذلك عن مجرد التمسك بالاعتبارات المتصنية وإن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية ، ولكنها فضلاً عن ذلك نرى أنها ماعدنا لم تصل إلى تلك الصيغة فإن مبدأ الإثراء هم بطلاناً مطلقاً . فتعديد طيعة السبب في الإثراء هو الأساس الذى تبنى عليه نظرية الإثراء وترسم حدود تطبيقها (رسالة الدكتور أبو عافية في نسختها العربية من ١٨٢ - ١٨٣ - أنظر أيضاً من ١٩٢ - ص ١٩٦) .

(١) ورد في هذه المذكرة ما يأتى : « (والصراحة) الثالث ألا يكون للإثراء الحادث أو الانتظار الترتيب عليه سبب قانونى يبررها ، فلا يجوز الواجب مثلاً أن يرجع على اللوحوب له بشعوى الإثراء بلا سبب ، لأن بين المالكين نصراً قانونياً هو عقد التبرع يبرر انتظار أحدهما وإثراء الآخر » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ١١١) .

الذى يقول به الفقه فى مصر (١) ، وكثير من الفقهاء فى فرنسا (٢) ، وهو المعنى الذى جرى به حكم القضاء فى البلدين (٣) .

وينبى أن نستعرض «السبب» بهذا المعنى فى كل من مصدره . عقداً كان المصلر أو حكماً من أحكام القانون .

٧٤-السبب فى الإثراء : عقد قد يكون السبب الذى كسب الثرى به الإثراء هو العقد فيمتنع الرد (٤) . ويغلب أن يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً ما بين الثرى والمفتقر . فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منه العقد من الرجوع يدعى الإثراء . والمقاوول إذا تعاقد مع العميل بأجر لإجبال منه العقد من المطالبة بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى التصميم تعديل أو إضافة (٥) (م ٦٥٨) . وما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طليعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه

(١) للوجز للؤلؤف فقرة ٢٨٧-فقرة ٢٨٩-الدكتور حمت أبوسيت فقرة ٥٢٨ - ملواطن (مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩) م ١٠٢-م ١٠٤ - الدكتور شفيق عسكاته (جريدة المحاكم المخلطة عدد ٢٣٨١ - ٩٥٨ نوفمبر سنة ١٩٤٤) - الدكتور عمود أبو عافية فى رسالته «التصرف القانونى المبرده» (نسخة فرنسية م ١٨٥-١٨٩) - قارن والتون ٢ م ١٨٨ - م ١٩٠ .

(٢) مبسوط بودرى ١٥ فقرة ٢٨٤٩ - بلانيول وريبير وولانييه ٢ فقرة ١٢٧٠ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٢ - (وتخصران على القدسيباً للأبراء) - جوسران ٢ فقرة ٥٧٢ - فيرينو (Vergnaud) رسالة من باريس ١٩١٦ م ٢١٦ - بودشيانو (Budishteano) رسالة من باريس ١٩٢٠ م ١٠٦ - موسيو (Masion) رسالة من باريس م ٢٢٦ .

(٣) عمكة النقص الفرنسية فى ٩ مايو سنة ١٨٥٢ دالوز ١٥٢-٢٥١- وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩-١٠٥- وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ٢٣-٦٤- وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤-١- ١٢٩- وفى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١-١- ١٢٩- وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠-١- وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ دالوز الأسبوعى ١٩٤٤ م ٥٨ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤-٢- ٧١ . أما القضاء المصرى فنستعرض له تفصلاً فيما يلى .

(٤) عمكة الإسكندرية المخلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٢٥٥ م ٢٥٦ .

(٥) عمكة اللا-تشاف المخلطة فى ٥: ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٧ م ٥٢ - وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٥٢ (قارن مارافان م ١٠٥) وهو يعميل السبب هنا القانون لا العقد) .

إفراغ جهده في الابتداء أو إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المحترقات (م ٦٨٨ فقرة ٢) ، وعقد العمل هو الذي يمنع العامل من الرجوع على رب العمل (١) . وإذا اشترط المؤجر أن يملك عند نهاية الإيجار التحسينات التي يدخلها المستأجر في العين المؤجرة امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لأن عقد الإيجار هنا سبب قانوني يمنع من هذا الرجوع (٢) . وإذا أمن شخص على منزله من الحريق واحترق المنزل ، فأعادت شركة التأمين بناءه تفضيلاً لعقد التأمين ، كان إثراء المؤمن بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن أعيد بناؤه وقيمتة في حالته الأصلية سيبه عقد التأمين فلا ترجع شركة التأمين عليه بدعوى الإثراء (٣) . وإذا أحسن الوكيل الإدارة حتى زاد الربح زيادة كبيرة فلا رجوع

(١) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ ذاتها على أنه : « إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية ، جاز للملك في الحالات المتصورة عليها في الفقرة السابعة أن يطالب بمقابل خاص يقدّر وفقاً لتفضيلات العدالة . ويراعى في تقدير هذا المقابل مقدار الميزة التي قدسها رب العمل وما استخدم في هذا السبيل من منشآته » . ونرى في هذا الفرض الخاس أن عقد العمل لا يكفي سبباً لجلب ما عدا على رب العمل من الإثراء ، وأن بساً من هذا الإثراء يبقى دون سبب وهو الذي يرجع به للملك على رب العمل .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا اشترط في عقد الإيجار أن جميع التحسينات والإنشاءات التي يجريها المستأجر في العين المؤجرة تكون للمؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يجوز للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر من أجل أن المؤجر قد أضاف قيمة للمنشآت التي أقامها وركب عليه آلة رافعة فأصبح كل ذلك عقاراً بالتخصيص . ومع ذلك إذا كان من الثابت أن إحدى البئر الارتوازي لم يكن ولداً في عقد الإيجار ، وأن الماء الآتي من هذا البئر ساعد كثيراً على تحسين الأرض ، كان من العدل أن تمنح مقاصة بين ما في ذمة المستأجر للمؤجر بسبب عدم تحميته جزءاً من الأرض للمؤجرة وما في ذمة المؤجر للمستأجر بسبب مبادأة اللوطة بإنشاء البئر الارتوازي (استئناف مخطط في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٤ س ٢٥٨) . وظاهر أن محكمة الاستئناف لم تجعل عقد الإيجار سبباً يشمل الإثراء الآتي من البئر الارتوازي لأنه لم يكن ولداً في العقد ، واعتبرت هذا الإثراء دون سبب ، وقامت في ذمة على المستأجر نتاً من عدم تحميته لجزء من الأرض للمؤجرة .

وسرى عند الكلام في الفضاة أن المستأجر الذي يتحدث إصلاحات في العين لنفسه الشخصية لا يعتبر فضولياً .

(٣) الوجه للوالب فقرة ٣٨٨ . وانظر أيضاً في هذا التي محكمة النقض الفرنسية في ٢١ يولية سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤-١٨٩١-١٨٩٠ .

له على الموكل بدعوى الإثراء لأن عقد الوكالة يمنع من ذلك (١). ولا يجوز للبائع أن يرجع على المشتري بدعوى الإثراء لمطالبته بياقي ثمن المبيع لأن عقد البيع هو مناط تحميل حقوق كل من المتعاقدين (٢).

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المثرى والمثرى دون أن يكون المفترط طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء بمنح المفترض من الرجوع على المثرى . مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات فى العين المؤجرة ، ويتركها المؤجر عند نهاية الإيجار طبقاً للعقد ، فيكون عقد الإيجار

(١) محكمة الاستئناف المخططة فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤١٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه «حيث وجد بين المتعاقدين رابطة عقدية فلا يقيم لدعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هى مناط تحميل حقوق كل من المتعاقدين وواجباته قبل الآخر . فإذا كان الثابت بالمسك أن الباتم طالب الثمن منه يلقى الثمن القسط على عدة أقساط ، ثم عدلها إلى طلب المسك له يلقى القسط الأولين ، موصوفاً هنا تباين خطأ بأنه باقى الثمن ، وقضى له بذلك ، ثم أراد أن يطلب بالأقساط الثلاثة الباقية ، ولتصور أنه قد سد فى وجه طلبها باعتبارها باقية من ثمن المبيع ، أهم دعواه المطالبة بها على نظرية الإثراء بنهر سبب على حساب الغير ، وعكسة الموضوع حكمت ، بد استعراض ولهم الدعوى ، بأنه لا محل للاستناد إلى هذه النظرية ، وبأن حق الباتم فى المطالبة بالأقساط الباقية قائم على أساس القراء لا يزال باق مفتوحاً أصله ، فإن قضاءها بغير تسليم لا ملحق عليه (نقض فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٤ من ١٥٧) .

هذا وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه «من كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير ، فإن هذه القاعدة هى مصدر لا تضافى للاتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد . فإذا كان المستأجر قد ألزم فى عقد الإيجار بأجرة روى الأرض ، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تخضع له من أجرة الألبان ، ثم ضم لصراف على ذمة الأموال مباح تزيد على قيمة المستحق منها على الألبان المؤجرة ، غنصت له الحكومة الزيادة من أجرة الرى المأرم هو بها ، ثم خصمتها الحكومة من أجرة الألبان على أساس أن دسها إنما كان على ذمة الأموال ، وحفظت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير ، فإنها تكون قد أخطأت » (نقض فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ من ٤٣٩) . وكان الواجب ألا تخضع محكمة الموضوع من أجرة الألبان ما دفعه المستأجر من الزيادة على الأموال المستعنة ، لأن هذه الزيادة لم يربها المؤجر إذ أن الحكومة خصمتها من أجرة الرى وهذه دين شخصى فى ذمة المستأجر ، فلا يرجع للمستأجر بهذه الزيادة على المؤجر . لا لأن هناك سبباً للاتزام بمنع من الرجوع ، بل لأن الإثراء ذاته غير موجود .

ومن امتنع رجوع المستأجر على المؤجر بزيادة لم يصح هناك على الرجوع للمؤجر على المستأجر بدعوى الإثراء أو بغيرها من الدعاوى — هذا هو فى نظرتنا الوضع القانونى الصحيح لقضية التى نحن بصدد حلها .

هذا مانعاً من الرجوع على المؤجر ، لا من المستأجر فحسب وقد رأينا هذا في مثل مقدم ، بل أيضاً من الدائن الذي عجل للمستأجر قفقات هذه التحصينات أو من المقاول الذي قام بها دون أن يقبض أجر عمله ، مع أن الدائن والمقاول لم يكونا طرفاً في عقد الإيجار وهو السبب القانوني لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحصينات على حساب الدائن أو المقاول . والمضى في هذا المثل هو المؤجر ، والمقتصر هو الدائن أو المقاول ، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذي أبرم بين المأجر (وهو المؤجر) وشخص آخر غير المقتصر (وهو المستأجر) (١) - ومثل ذلك أيضاً شخص يترى على حساب آخر ، ويبب ما أثرى به إلى شخص ثالث ، فلا يستطيع المقتصر في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له ، لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني وهو عقد الحبة ، وإن لم يكن المقتصر طرفاً في هذا العقد (٢).

(١) وقد قلنا عند الكلام في الإثراء غير المباشر أنه إذا لم يكن في عقد الإيجار شرط بجعل التحصينات من حق المؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يصلح عقد الإيجار لأد يكون سبباً لإثراء المؤجر ، ويجوز للدائن والمقاول في هذه الحالة الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء (هرون كولان وكاينان ٢قرة ١٣ ص ٣٠٠ - ٣٠١ - الأستاذ حشمتا يوسيتقرة ٢٣٧ - وانظر بلاتويل وريور وإسماعيل ٧قرة ٧٥٩) .

(٢) وهذه مسألة تختل النظر ، فقد يكون الواجب مصرراً فلا يصح للمقتصر أن يحصل منه على حقه ، فإذا أراد الرجوع على الموهوب له لم يجر له ذلك لا قسماً . وفيما يختل النظر هو أننا قلنا هنا جلب للنفع على ذمة الضرر ، إذ للموهوب له ، وهو يتلقى نفعاً جليها ، يخل على المقتصر ، وهو يحمي لزمه الضرر عن نفسه . ومن أجل ذلك اشتمل الفروع الخمسة على نص خاص في هذه المسألة (هو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من هذا المشروع) وقد جرى على الوجه الآتي : « فإذا تبرع المأجر بما أثرى به كان من صدر له التبرع مشمولاً أيضاً عن التصرف ولكن بقدر ما أثرى » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : « فإذا تصرف المأجر بموضع فيما أثرى به ، فليس لمن المقتصر حق الرجوع على من صدر له التصرف ، لأن هذا الأخير قد أثرى بمقتضى سبب قانوني هو التصرف نفسه . أما إذا كان التصرف على التخصيص من ذلك بنوع ما قبل ، فالحال أن ينحصر حق الرجوع في المأجر ما دام من صدر له التبرع قد أثرى بسبب قانوني هو عقد التبرع . بيد أن المشروع قد أثبت للمقتصر حق الرجوع على من صدر له التبرع بقدر ما أثرى به مقدماً بذلك ذمة الضرر على جلب النفع ، ويسكون للمقتصر في هذا القرض أن يرجع على المأجر أو على من صدر له التبرع ، وفقاً لمصلحته في ذلك . فإذا كان مبلغ ما أساءه من خسارة ١٠٠٠ جنيه وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمأجر ٨٠٠ جنيه ، وبالنسبة لمن صدر له التبرع ٩٠٠ جنيه ، فمن مصلحة المقتصر أن يرجع على من صدر له التبرع (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٤٤٢) - وما يؤسف له أن هذا الحل الملائم خلا منه -

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المفترق والغير دون أن يكون المثرى طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل ولكن لا باعتبار أنه وكيل بل باسمه الشخصى ، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء ، لأن هناك عقداً أبرم بينه (وهو المفترق) وبين الوكيل (وهو غير المثرى) (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء فى شركة محاصة ، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين ، لأن الشريك فى شركة المحاصة يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الشركة ولا باسم أحد من بقية الشركاء ، فيكون العقد الذى أبرم مع الشريك مانعاً من رجوع المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أثروا من وراء هذا العقد ، وذلك بالرغم من أن العقد أرمه المفترق مع غيرهم (٢) .

٧٧٥- السبب فى الإثراء حكم من أحكام القانون: وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً بل حكماً من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء ، فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفترق من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ، لأن المثرى يكون قد أثرى بسبب قانونى . مثل ذلك العمل غير

== للشروع عند خروجه من لجنة المراجعة، فقد حذفت هذه اللجنة النص المشار إليه بدعوى أنه غير ضرورى. وهذا ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى هذا الصدد : «الشروع فى لجنة المراجعة : نلت المادة ٢٤٨ من المشروع واقترح إدخال تعديلات فظلية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٤٣ وقد سبق ذكر ذلك) . وأقر البرلمان المشروع خالياً من هذا النص .

أنظر فى مثل آخر لقد سبق ما بين المثرى والغير يكون سبباً للإثراء بحكمة الاستئناف المختطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٧ (شخص سرق ثمنه سندات ، وتعاقد المسمى مع شخص آخر للحصول على مبلغ من المال فى نظير هذه السندات . فلا يجوز لصاحب السندات أن يرجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص الآخر لأن العقد المبرم بين هذا الأخير - وهو المثرى - وبين المسمى - وهو غير المفترق - يعتبر سبباً للإثراء . هذا ما لم يكن الشخص الآخر الذى تعاقد مع المسمى البتة) .

- (١) بحكمة الاستئناف المختطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٢ .
- (٢) أنظر فى هذا المعنى بحكمة الاستئناف المختطة فى أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٨ . ومع ذلك أنظر حكماً منها بين هذا المعنى فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ .

المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء . فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه برد هذا التعويض . لأنه قد كسبه بسبب قانوني هو الفعل غير المشروع . ومثل ذلك التقادم يمنع من استرداد الإثراء ، فإذا أقر ناظر الوقف بدين على الوقف كان إقراره باطلاً ، فإذا رجع الدائن بدعوى الإثراء فيما يتعلق بفوائد الدين فلا يرجع بها إلا فيما لم يسقط منها بخمس سنين ، وما سقط بهذه المدة يمنع التقادم من استرداده (١) . كذلك قوة الشيء المقضي يعتبر سبباً مانعاً من دعوى الإثراء ، فإذا استبعد أحد دائي الضريبة بحكم حاز قوة الشيء المقضي لأنه لم يتقدم في الميعاد ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على السديك ولا على أحد من سائر الدائنين (٢) . وإذا لحقت بالموظف إصابة جعلته يستحق معاشاً قبل أن يبلغ السن القانونية ، فلا يجوز للحكومة أن تقول إنه أثرى دون سبب بقيمة الاستقطاعات التي كان يجب خصمها من مرتبه إلى حين بلوغ السن ، لأن استحقاقه المعاش بسبب الإصابة هو حكم من أحكام القانون ، والقانون هنا هو قانون المعاشات (٣) . وإذا أهمل المداول فلم يفيد حتى امتياز ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائي الضريبة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائنين ، لأن إثمهم له سبب هو حكم القانون القاضي بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز (٤) .

-
- (١) محكمة الاستئناف المخططة في ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ جلزت ٧ من ١٤٢ .
(٢) وكذلك إذا لم يتقدم دائي للميعاد يلزم في قاعدة التوزيع النهائية (محكمة الاستئناف المخططة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ١٤٨ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٣٧) .
(٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٤ — ١ — ٤٨ — وانظر أيضاً هنري وليون ملزو في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٤٤ من ١٨١ .

- (٤) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — كذلك إذا سدد مصرف دائياً مرتباً وأفضل أن يتخذ الإجراءات القانونية الطول عليه فبقه ومن قانون كل متأخر عن المعلن المرتب الذي استوفى حقه لم يجوز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن القانوني بدعوى الإثراء لأن خدمه على المصرف له سبب هو حكم القانون (محكمة النقض الفرنسية في ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ، وقررنا عند الإشارة إليه أن المانع من دعوى الإثراء ليس هو إعمال =

المبحث الرابع

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية
أو أن يكون الإثراء باقيا وقت رفع الدعوى

٧٦٦- موقف القانون من المدعى الجدير: ذكرنا في التطور التاريخي لقاعدة

— المقتر بل هو وجود سبب قانوني للإثراء — كذلك لما أوضح شخص يده على أرض لا يملكها وورثتها في قرض أقيم به بناء على هذه الأرض ، ثم استلقت الأرض وقد ملك المستحق البناء بالاتفاق فالتزم الرهن القانوني لزوجته إلى هذا البناء ، فإن الرهن الذي رتبته وأمنع اليد على الأرض يعطل لصموده من غير ملك ، ولا يستلج الطالب المرتين أن يرجع على الزوجة بدعوى الإثراء لأن لإثرائها سببا قانونيا هو حكم من أحكام القانون (محكمة باريس الاستثنائية في ٥ يونيو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ — ٢ — ١٢٩) — ونحضي المحاكم الفرنسية بأنه إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروسا خاصة بمقتضى اتفاق مع والد التلميذ ، وأراد المدرس الرجوع على الوالد فوجده مصرا ، فإنه يستلج الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء في ملكه الخاص لأن التلميذ قد آثرى إرثا عاليا بفضل هذه الدروس الخاصة (محكمة مونييه الاستثنائية في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣ . وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في الإثراء اللصوي — انظر أيضا محكمة إكس الاستثنائية في ١١ أغسطس سنة ١٨١٢ جورنال دي پايل ١٨١٣ رقم ٦٥٠ — ومحكمة بوا الاستثنائية في ١٩ يناير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ — ٢ — ١٩٨) . ورى الأستاذ ملافان (مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٠٩) بحق أن المدرس لا يستلج الرجوع بدعوى الإثراء على التلميذ لأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو التزام والد التلميذ بتعليم ولده ، ولكن المدرس يستلج أن يرجع على التلميذ بدعوى انقضاء لأنه كان يعمل لمصلحته ولمصلحة التلميذ ساء ، ودعوى انقضاء خير له من دعوى الإثراء . وإذا كان غلط الوقت يصل دون أجر بعد أن نزل عن أجره ، فإن مركزه القانوني من الوقت — وهو ناظره — يمنحه من المطالبة بأجر على أساس أن الوقت قد آثرى على حساب جهوده . فجهوده هذه واجبة بحكم القانون على اعتبار أنه ناظر الوقت ، سواء عمل بأجر أو نزل عن أجره . ومن ثم لا تنعبد إلى ما ذهبت إليه محكمة التض في مثل هذه الصورة من أن الرابطة العنقودية بين ناظر الوقت وجهة الوقت هي التي تمنع من المطالبة بدعوى الإثراء ، إذ الرابطة بين الناظر والوقت هي رابطة قانونية لا رابطة تعاقدية . وهذا هو ما قرره محكمة التض في هذا الصدد : « الأصل في الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل . فلذا استندت المحكمة في أن ناظر الوقت كان يصل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فلها أن تكون قد خالفت القانون . ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يترى الوقت على حساب جهوده ، فإن دعوى الإثراء على =

الإثراء بلا سبب أن هذه القاعدة لم تستقم قاعدة مستقلة إلا منذ عهد قريب .
وأنها حتى بعد أن صار لها كيان ذاتي بقيت مغلوطة بقيود لا يفسرها إلا ما
صاحب القاعدة من تضييق في الماضي ، وإلا أنها استعصت على الطفرة فلم تستطع
أن تظهر باستقلالها إلا مقيداً بشروط . إذا استطاع تاريخ القاعدة أن يفسرها .
فإنه لا يستطيع أن يبررها .

وقد ألف الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن يقررا ، منذ قامت القاعدة
مستقلة ، أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز الالتجاء إليها
إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى . وأن الإثراء الذي يطالب المقتصر
باسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . والملتدع للفتين القيلين
هما الفقهاء الكبيران أوبري ورو على ما مر بنا .

وقد بدأ الفقه في فرنسا وفي مصر يكسر من أغلال القيد الأول . ولكنه
هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثاني ، فظلا يقولان بأن من شروط
دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

أما القانون المصري الجديد فقد تكفل بتكسير القيدين معاً كما أسلفنا القول .
فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ثم هو قد نص
صراحة في المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيها
بعد (١) . فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها ، وأقيمت على أساس من

— حساب الثبر لا يكون لها على إلا إذا لم توجد راجلة عقدية بين المتخاصمين وهذه ليست حاله —
(قنن ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ من ٧٢٢) .

وهنا مثل آخر لوجود سبب للأثراء هو حكم من أحكام القانون : فأتى مرتين نزل عن
مرتبه إلى فأتى مرتين آخر متأخر عنه . وترتب على ذلك أنه تأخر في المرتبة فلم يلق التوزيع إلا
جزءاً من حقه . ولكن الفأان الذي حل محله لم يتمكن لبب يرجع إلى إجراءات التوزيع
من الحصول على كل حقه . ففقت محكمة الاستئناف المخططة بأنه لا يجوز للفأان الذي نزل عن
مرتبه الرجوع بدعوى الإثراء على من آثرى من الفأانين بسبب عدم تمكن الفأان الذي حل
عله من الحصول على كل حقه (استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ١٤٨) .
ويمكن تلميل ذلك بأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو الأحكام القانونية الواجبة الاتباع
في التوزيع .

(١) وهنا ما جاء بالذكرة الإيضاحية للمشروع التيمى في هذا المصدد : « وقد اكتفى
للمشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليها بنسب مختلفات
تأثرت بما كان مأثوراً من المأنا وأل التعرز فيقول مبدأ الإثراء . فلا يشترط أن يظل الإثراء -

المحقق السلم .
وها نحن نستعرض كلا من هذين التقييمين لتبرر موقف القانون المصري
بالتجديد منهما .

المطلب الأول

لا ضرورة لأن تكون دعوى الآثار دعوى احتياطية

١٤ - القانون الفرنسي

٧٧- انقضاء الفتره والقضاء بأمر على أنه تكونه دعوى الآثار

دعوى احتياطية : منذ تحورت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة ، على ما مر بنا في التطور التاريخي لهذه الدعوى ، ومنذ أعلنت محكمة النقض الفرنسية أن دعوى الإثراء بلا سبب ، وهي تقوم على مبدأ عادل يحرم الإثراء على حساب الغير ، لم يعرض لتنظيمها نص في القانون ، فهي لا تخضع في استعمالها لأي شرط معين ، ويمكن لقبولها أن يتقدم المدعي بإثبات أنه جعل من يرفع عليه الدعوى يثرى عن طريق تضيعة تحملها هو أو عمل شخص قام به (١) . ساد شعور قوى بأن تطوراً خطيراً قد وقع ، وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت ترسف في أغلال التبعية لدعوى الفضالة . أصبحت طليقة من كل قيد . فتحولت من التقيض إلى التقيض ، وأنه يحلر البحث عن قيد تنقبط به . فلا تطنى على جميع نواحي القانون .

— فاعاً إلى وقت رفع الدعوى (قرن الثالثة ١٤٢ من القرنين الثاني وهي تنس على هذا الصراط في حالة الإثراء بحسنة) بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد ، وهذا ما قضى به صراحة المادة ٢٤٨ من المشروع (أنظر في هذا المعنى للمادة ٢٣٤٣ من القرنين الأرجنتين) . ولا يشترط كذلك ألا يكون للمدعي سوى دعوى الإثراء يستلج أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه ، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو حياً له القانون طرغاً آخر . ولا يزال القرنين الثاني (المادة ١٤٢) مقياً على ما كان لدعوى « رد غير المستحق » من صفة احتياطية أو تبعية ، وقد قصد المشروع على إحلال هذا الصراط قصد إغفال النص عليه . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤١٢) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢-١-٥٩٦ .

وسرعان ما عثر الأستاذان أوبري ورو على هذا القيد ، فقرر أن يشترط في دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى ودعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة (١) . وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يلجأ إليها المدعى إلا إذا لم يكن لديه أية دعوى أخرى . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت هذا المذهب في حكمها المشهور الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (٢) . وانعقد إجماع الفقه والقضاء بعد ذلك على هذا المبدأ (٣) .

٧٨- ترعزع الفقه الفرنسي عن موقفه : ولكن التقضى فرنسا ما لبث

أن ترعزع عن موقفه ، وبدأ يتعمق في بحث هذه الصفة الاحتياطية التي خلطها على دعوى الإثراء .

وبدأ هذا البحث الأستاذ بارتان (Bartin) ، قسائل في تعليقه على كتاب الأستاذين أوبري ورو ماذا يريد الفقهاء بقولها إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية (٤) ؟ ثم أخذ الأستاذ رواست (Rouast) بمعالجة المسألة على

(١) أوبري ورو الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيرة ١٩٩٨ - ١ - ٤١ - وما لبثت المحكمة أن أصدرت حكماً آخر في هذا الشأن في ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز - ١٩٢٠ - ١ - (أنظر تحليلاً لهذا الحكم وتعليقاً عليه للأستاذ كايتان في كتابه الأحكام الكبرى لقضاء للدني طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٥ - ص ٣٣٦) .

(٣) بودري وبارد ٤ فترة ٢٨٤٩ (١٦) - بلانويول وريير وبولانيه ٢ فترة ١٢٢٦ - جورسان ٢ فترة ٥٧٤ - ديجو ٣ ص ٢٨٧ - محكمة النقض في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢٩ - وفي ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ ص ٥٨٧ - وفي ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي بابل ١٩٤٠ - ٢ - ١١٤١ وسيرة ١٩٤١ - ١ - ١٢١

(٤) أوبري ورو مع تعليقات بارتان طبعة خلسة جزء ٩ ص ٣٥٥ . وقد أول الأستاذ بارتان التي للراد بالصفة الاحتياطية تأويلات ثلاثة : (١) فلما أن يراد بذلك أن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها إلا حيث لا توجد أية دعوى أخرى يتسكن بها اللذان من الوصول إلى حقه . (٢) ولما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت هذه الدعوى الأخرى ما طلعت هذه الدعوى قد تقدمها اللذان غير خطأ منه . (٣) ولما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت الدعوى الأخرى ولم تقدمها اللذان ولكنها غير متجهة بسبب إصرار اللذين في هذه الدعوى الأخرى .

وجه أحمق في مقال لمعروف^(١) وأفاض بمدح الأستاذ الموزيني (Almosnino) في بحث الموضوع في رسالة له مشهورة^(٢). ثم خطا الأستاذ كاييتان خطوة

(١) «الإتراء بلا سبب والفضاء للدين» (المجلة القضائية للقانون للدين ١٩٢٢ ص ٣٥ وما بعدها). وقد ميز الأستاذ رواست في هذا المقال بين فرضين: (الفرض الأول) أن توجد دعوى فاعمة لدى الدائن يستطيع الائتداء إليها بجانب دعوى الإتراء، فهو لاشك يؤثرها على دعوى الإتراء لأنها تيسر له توفيقاً أوفى. وسواء كانت دعوى الإتراء في هذا الفرض دعوى احتياطية أو دعوى أصلية فواقع من الأثر أن الدائن لا يلجأ إليها مادام الباب أمامه مفتوحاً عن طريق دعوى أخرى. فدعوى الإتراء في الفرض الذي نحن بصدد دعوى احتياطية على كل حال، إما من طريق القانون أو من طريق الواقع. (والفرض الثاني) أن تكون هناك دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإتراء، ولكنها اندثت أمام الدائن فلم يبق لديه إلا دعوى الإتراء. وميز رواست في هذا الفرض بين حالات ثلاث: أن تكون الدعوى الأخرى قد اندثت طريقها لائق قانوني، أو اندثت طريقها بفعل الدائن نفسه، أو اندثت طريقها بفعل فله ويكون ذلك عادة بإعسار الدين في الدعوى الأخرى.

(٢) «الإتراء بلا سبب وصفته الاحتياطية» باريس سنة ١٩٣١ ص ٥. وقد بحث الموزيني في هذه الرسالة جميع الفروض للتقمة وأرجعها إلى خمس أحوال: (١) ليس لدى الدائن إلا دعوى الإتراء وحدها. (٢) لدى الدائن دعوى فاعمة متجهة غير دعوى الإتراء. (٣) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإتراء ولكن طريقها اندثت لائق قانوني. (٤) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإتراء ولكن طريقها اندثت بفعله هو. (٥) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإتراء ولكن طريقها اندثت بفعل فله (بسبب إعسار الدين في الدعوى الأخرى).

في الحالة الأولى - حالة ما إذا لم يكن لدى الدائن إلا دعوى الإتراء - لا تثار الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى، إذ هي الدعوى الوحيدة الفتوحة أمام الدائن، وليس لديه غيرها للمطالبة بمقتضاها. وفي الحالة الثانية - حالة ما إذا كان لدى الدائن بجانب دعوى الإتراء دعوى أخرى فاعمة متجهة - يقول أنصار الصفة الاحتياطية إن الدائن لا يستطيع مباشرة دعوى الإتراء لأن لديه دعوى أخرى فاعمة متجهة. ويخالف البعض (ومنهم الموزيني) هذا الرأي، ويذهبون إلى إعطاء الدائن الخيار بين الدعويتين. ولكن المزينو يستثنى من ذلك ما إذا كانت الدعوى الأخرى هي دعوى القصد أو دعوى الاستحقاق فتجب دعوى الإتراء، وتصبح هذه دعوى احتياطية. وفي الحالة الثالثة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإتراء ولكن طريقها اندثت لائق قانوني - لا يجوز الائتداء إلى دعوى الإتراء حتى لا يداور اللائق القانوني وتتبع الحيلة في مخالفته. ومثل اللائق القانوني قواعد الإثبات، فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً يزيد على عشرة الجنيهات لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الإتراء ليتكهن من إثبات الفرض بالجينة، إذ أن دعوى الإتراء تقوم على واقعة مادية فيجوز إثباتها بجميع الطرق. ولا يبقى أمام الفرض إلا دعوى القرض، وفيها يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها. ومثل اللائق القانوني أيضاً التخاذل، فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها وتخلط حقه بالتخاذل -

أبعد ، فتشكك في أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، وتساؤل

سنة (م ٣٧٨ مدني جديد) لم يستطع الرجوع بدعوى الإثراء لأن دعوى عقد التوريد قد اندت طريقها لائم قانوني هو النظام . وبمثل الواقع القانوني أخيراً قوة الشيء المقضي ، فإذا باع قاصر عقلاً بنين طحشور وضع دعوى لتسكك الثمن (م ٤٧٥ مدني جديد) قضيه بالتسكك ، ثم نزلت لية الطارفي يد المشتري لك أفل من أربعة أخلله ، لم يستطع المشتري أن يرجع عل القاصر بدعوى الإثراء ليسترد منه التسككة ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى تسككة الثمن قد اندت طريقها لائم قانوني هو قوة الشيء المقضي .

وفي الحالة الرابعة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اندت ضله هو — لا يجوز للدائن في رأى رواسن مباشرة دعوى الإثراء ولا الدعوى الأخرى التي اندت طريقها . وهذا معناه أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية جبتها دعوى أصلية فلا يجوز له مباشرتها ، ثم إن الدعوى الأصلية اندت طريقها بقضيه هو فلا يجوز له أيضاً أن يباشرها . فإذا أقرض مصرف مديناً التقود التي سدد بها واجباً مرتباً ، وأهل المصرف في أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحلوله عل الدائن المرتين ، وترتب عل ذلك أن رهنأ قانونياً بقصر كان المدين وصياً عليهم سبق المصرف في المرتبة ، فإن المصرف لا يستطع الرجوع عل القصر بدعوى الإثراء (قض فرنسي ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ — ١ — ٣٩٣ : قضية Arras) ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى الحلول عل الدائن المرتين اندت طريقها بإعمال المصرف . وإذا كان شخص يملك كلباً فضل في غابة لقصيد وأتزع الطير في الغابة ، فأسك به صاحب الغابة وأجابه عنده ألبا ، فإنه لا يستطع الرجوع عل صاحب الكلب بدعوى الإثراء لأنه عليه إلتطلمه (قض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٥٣ : قضية Rolland) ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى الضالة اندت طريقها بإفضال صاحب الغابة أن يلم الكلب بقلعية وهي التي تتول إلتطلمه تطبيقاً لأحكام قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ في فرنسا . وإذا أهل الحاول في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتيد حق امتياز له عل بناء أطله لشخص أفس ، فإنه لا يستطع الرجوع بدعوى الإثراء عل الضفيلة (قض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٤ — ١ — ١٢٩ : قضية Marty) ، لأن الدعوى الأخرى وهي دعوى حق الامتياز قد اندت طريقها إذ أضاعها الحاول بتضميره .

أما الأستاذ ألرنيو فيرى أن دعوى الإثراء في هذه الحالة هي دعوى أصلية تجوز مباشرتها ولو اندت طريق الدعوى الأخرى فضل الدائن .

وفي الحالة الخامسة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكنها أصبحت غير ذات فائفة بسبب إفسار الدين — فإذا كان المدين لا يستطع الرجوع عل المئري ، جز للقصر أن يرجع عليه بدعوى الإثراء ، وتكون هذه الدعوى إذن دعوى أصلية . وبمثل ذلك أن يتبادل معلم مع والد التلميذ عل إعطاء التلميذ درساً خاصاً ، ويطلب الوالد فيستطع المعلم في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء عل التلميذ (أنظر ألورنيو من ١٥٧ وقرفروض أخرى من ١٥٨ — من ١٧٣) .

لأنها لا تكون دعوى أصلية (١) .

ولكن بالرغم من هذه الحركة الفقهية لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء في فرنسا وعند القضاء الفرنسي (٢) دعوى احتياطية على المعنى الذى قال به أوبرى ورو فيها قدمناه . والسبب فى ذلك ، كما لاحظ بحق الأستاذ مارافان (Maravent) فى رسالته (٣) ، أن معنى «سبب الإثراء» لا يزال فى فرنسا محل خلاف ، ولم ينضبط على الوجه الذى انتضبط به فى مصر . وسرى أن هناك ارتباطاً شديداً بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى ، وأنه متى انتضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذى أسلفناه والذى أخذ به القانون المصرى الجديد . وفسر هذا السبب بأنه هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء . لم تعد هناك قائمة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية . ويفنى عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر . وإذا كانت دعوى الإثراء قد أصبحت ، بعد أن انطلقت من عقلمان ، فى حاجة إلى قيد تنضبط به . فالأولى ألا يكون القيد هو هذه الصفة الاحتياطية المترعومة التى ابتدئها الأستاذان أوبرى ورو . بل يكون هو «سبب الإثراء» مفهوماً على المعنى الذى قدمناه فيدخل قيداً فى الدعوى تنضبط به على الوجه المطلوب . وسرى الآن أن الفقه والقضاء فى مصر تقدما فى هذا السبيل تقدماً مشهوداً ، وأن القانون المصرى الجديد خطا فيه الخطوة الخامسة .

٢٤ - القانون المصرى

٧٧٩ - الفقه والقضاء فى مصر : سار الفقه والقضاء فى مصر بادية الأمر

فى الطريق الذى سار فيه الفقه والقضاء فى فرنسا ، فقالا بالصفة الاحتياطية للدعوى (٤) .

(١) أنظر كايتر فى كتابه الأحكام الكبرى لقضاء المدن طبعة ثالثة طبريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٦ (وقد سبق الإشارة إلى هذا المرجع) .

(٢) وقد سبق الإشارة إلى الفقه والقضاء الفرنسيين الذين يؤيدون الصفة الاحتياطية للدعوى .

(٣) مارافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٩ - ص ١٣١ .

(٤) محكمة الاستئناف المحظلة فى ٩ أبريل ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ - وفى ١٣ يناير

ولكن جانباً من الفقه ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر ، وأخذ يتساءل : هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية ؟ ونقل هنا ما كتبناه في «الموجز» في ظل القانون المدني القديم :

«تقرر الفقهاء عادة أن دعوى الإثراء على حساب النثر هي دعوى احتياطية. ويريدون بهذا أنه لا يجوز للمدعي اللجوء إليها إلا إذا أعوزته السبل الأخرى. فإذا كان له سبيل غير دعوى الإثراء ، فعليه أن يسلك هذا السبيل . مثل ذلك أن ينتصب شخص مالا لغيره فينتزع به ، فهنا يستطيع صاحب المال أن يرجع على المنتصب بدعوى المسؤولية التصريفة فلا يرجع عليه بدعوى الإثراء. وقد يكون للمفتقر طريق آخر ، ولكن قبل الغير لا قبل المثرى : فهنا أيضاً يرجع المفتقر على الغير لا على المثرى . مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته ، ويكون المريض قد أمن على نفسه ضد المرض ، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء ، بل يرجع على المريض بدعوى العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في ذمته ، فيكون له ، إلى جانب دعوى الإثراء قبل المدين الحقيقي ، دعوى دفع مالا يجب قبل الدائن الذي استوفى الدين ، فعليه أن يرجع بالدعوى الثانية دون الأولى .»

ونحن لا نرى محلاً للقول بأن دعوى الإثراء على حساب الغير دعوى

— سنة ١٩٣١ م ٤٣ س ١٤٨ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ س ٣٧ —
 إتيى البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحللة ١٢ س ١١٩٠ (وقد سبقت الإشارة إلى بعض هذه الأحكام) . وانظر والتون ٢ س ١٩٠ — س ١٩١ — ذهنىقرة ٧٠٠ وما بعدها —
 حمت أبو ستيت ققرة ٥٢٣ س ٣٨٩ (وقد سبقت الإشارة إلى هذه الرابع) —
 ونظم الدكتور وديع فرج في مذكراته إلى رأى من يقولون بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . وتأخذ على القانون الجديد أنه هي هذه الصفة عن الدعوى . ثم يقول إن التعديل الذى أدخله القانون الجديد له أثر عميق ، إذ يصح تطبيقها لتعديل — بحسب رأيه — أن يختار صاحب الأرض التى بنى فيها أجنحة بمسكنة ، في رجوعه على الباني ، بين المطالبة بما تفضى به المادة ٩٢٥ وبين دعوى الإثراء بعد أن أصبحت دعوى أصلية . وواضح أن المادة ٩٢٥ قد تكفلت ببيان حكم الباني بمسكنة في أرض الغير ، وهى تطبيق خاص لدعوى الإثراء ، كما أسلفنا القول . فطبيق هذه المادة إنما هو تطبيق لدعوى الإثراء ذاتها في حالة من حالاتها الخاصة . فلا يجوز القول بعد ذلك إن لصاحب الأرض أن يختار بينها وبين دعوى الإثراء . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

احتياطية. فهي دعوى ككل الدعاوى متى توافرت شروطها أمكن رفعها، حتى لو وجد المدعى أمامه طرقاً أخرى. أما ما يقال من أن الدعوى مبنية على قواعد العدالة، فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تفسيق القواعد القانونية، قول كان يصح في قانون كالتانون الروماني حيث كان هناك تمييز بين قواعد العدالة ممثلة في القانون الريطورى وقواعد القانون ممثلة في القانون المدني العتيق، أو في القانون الإنجليزي حيث كانت قواعد العدالة منفصلة عن القانون العام. أما الآن فلا تمييز بين قواعد العدالة وقواعد القانون، فكلهما قانون يمكن الالتجاء إليه. ولا يشترط الالتجاء إلى واحد قبل الآخر.

وأما ما قلناه من الأمثلة التي رأينا فيها المدعى يملك دعوى أخرى غير دعوى الإثراء، فلانرى فيها ما يمنع المدعى من أن يترك هذه الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء. فيستطيع صاحب المال أن يترك دعوى المسؤولية قبل المنتصب، ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى القصد قبل المريض، ويستطيع من وفى دين غيره أن يترك دعوى دفع ما لا يجب قبل الدائن، وباجأ هؤلاء جميعاً إلى دعوى الإثراء. إلا أنهم لا يفعلون، إذ أن هذه الدعاوى الأخرى أجدى عليهم من دعوى الإثراء. فحينما يستولون على تعويض كامل، أما في دعوى الإثراء فلا يتناولون إلا أقل القيمتين من إثراء أو افتقار.. (١).

هذا ما قلناه في «الموجز» في ظل القانون القديم. ولا تزال نقوله حتى اليوم، وفي ظل القانون الجديد (٢).

وينحى الدكتور محمود أبو عافية هذا النحو في رسالته «التصرف القانونى المجرى»، بل هو يربط في وضوح ما بين «السبب في الإثراء» والصفة الاحتياطية للدعوى فيقول: «يفسر الفقه في فرنسا ومصر هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية... وهذا في رأينا خطأ يؤسف له لشدة ما يترتب عليه من تعقيد لمسألة الإثراء. ولا نرى علة لوجود هذا الخطأ سوى أخذ السبب في الإثراء بمعنى الفرض الشخصى المتشود. أما إذا

(١) اللوز للوثق ققرة ٢٩٠ - ققرة ٢٩١.

(٢) وهذا مع تحفظ واحد خاس بتعديده من «الافتقار» في الأمانة التي وردت في النص. ونسود إليه بالتفصيل فيما يل.

أعقلناه على معنى السبب المقتضى ، فإن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها في الحالة المذكورة في المتن (حالة المشتري الذي يدفع الثمن دون أن تتصل إليه ملكية المبيع ، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع) لا لأنها دعوى احتياطية ، وإنما لأن الإثراء له سبب هو العقد للثام (١) .

وينهج الأستاذ مارافان (Maravent) في رسالته هذا المنهج ، ويبين في وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفي إذا فهم والسبب في الإثراء على الوجه الصحيح (٢) .

هذا هو الفقه المصري في مرحلته الأخيرة قبل صدور القانون المدني الجديد . أما القضاء في مصر فكان أقل وضوحاً في إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء ، ولكن محكمة النقض لم تصرح في حكم من أحكامها بأن للدعوى هذه الصفة على الرغم مما نسب إليها من ذلك (٣) .

-
- (١) الدكتور محمود أبو عافية : التصرف القانوني المجرد (نسخة عربية) فقرة ٥٢ ص ١٩٦ حاشية رقم ٧ .
(٢) الدكتور مارافان (Maravent) مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٤ - ص ١٤٥ .

(٣) يضب الدكتور حشمت أبو سنيت (فقرة ٥٣٢ ص ٣٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استمر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية . ويورد في سبيل الاستقصاد على ذلك حكماً صدر من هذه المحكمة في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد ص ٦٨) يقول فيه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حاسب التبر ، بل تكون أحكام العقد هي مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخرة» (أنظر أيضاً مارافان وهو يستشهد على هذا الرأي بنقض المحكم في ص ١٢٧ حاشية ٢) . ونفى عن البيان أن المحكم غير صريح في اللقي للنسب إلى محكمة النقض . ولد استشهاده نحن بهذا المحكم ذاته في صدد أن الإثراء قد يكون سببه عقداً . ومن هنا نرى الارتباط القوي بين الصفة الاحتياطية والسبب في الإثراء ، فإن حكماً واحداً استشهد به على كل من الأمرين .

على أن هذين الأمرين جد مختلفين . فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تبشر لنا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه لنا وجد للإثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء ، وفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة ولكنها لا تبشر ، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تبشر لأنها غير قائمة .

٧٨٠- القانون المصري الجديد : وجاء القانون الجديد صدى لفقہ

المصري في مرحلته الأخيرة ، مستجيباً لدعوته ، جاءلا من دعوى الإثراء دعوى أصلية ، مؤكداً بذلك استقلال هذه الدعوى ، بعد أن رد إليها اعتبارها ، ونفى عنها الصفة الاحتياطية ، فرضها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسؤولية التقصيرية .

ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذي وقفه القانون الجديد .

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار في أية حالة لا يكون فيها للمدعي دعوى أخرى إلى جانبها . والحالات التي من هذا القبيل كثيرة متنوعة . وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قلناه . وهذا هو الميدان الحقيقي لدعوى الإثراء .

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ، فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة ، ويقال إن المدعي لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية لا تجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانوني آخر ، فيعين عليه أن يباشر الدعوى الأخرى دون دعوى الإثراء . مثل ذلك المبرر يدفع العارية للمستعير وله في استردادها دعوى العارية ودعوى الاستحقاق ، فلا يجوز له في هذه الحالة الرجوع بدعوى الإثراء . ومثل ذلك أيضاً المنتصب لمال الغير ، يستطيع صاحب المال أن يرجع عليه بدعوى النصب ، فلا يجوز أن يرجع عليه بدعوى الإثراء .

والصحيح أن المبرر في المثل الأول ، إذا كان لا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء ، فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها غير قائمة أصلاً ، إذ المثرى هنا وهو المستعير قد أثرى بسبب قانوني هو عقد العارية كما رأينا فيما تقدم . وسنرى فيما يلي أن سبب الإثراء يبقى في الكثرة الغالبة من الأحوال . كما أغنى في هذه الحالة ، عن الالتجاء إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . أما في المثل الثاني فلا يوجد ما يمنع صاحب المال من الرجوع على المنتصب بدعوى الإثراء ، فهو بالخيار بين هذه الدعوى ودعوى النصب ، وإن كان في الواقع يختار دعوى النصب إذ هي تهيء له تعويضاً أوفر . فدعوى الإثراء

لا تكون إذن دعوى احتياطية إلا إذا كان ذلك من ناحية الواقع لا من ناحية القانون (١).

(١) وقد رأينا فيما نلقاه عن اللوزير (قرة ٣٩٠ - قرة ٣٩١) مثلين آخرين :
(١) يفتي طبيب مع مريض على معالجته ويكون للمريض قد أمن على نفسه من المرض . (٢) يوفى شخص ديناً على غيره معتمداً أن الدين في ذمته . ولما اتنا لأمرى ما يمنع من أن يترك الطبيب دعوى القصد قبل المريض إلى دعوى الإثراء قبل شركة التأمين ، وأن يترك من وفى دين غيره دعوى دفع غير المستحق قبل الدائن إلى دعوى الإثراء قبل للدين .

وفى هذين المثلين اجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى القصد ومع دعوى دفع غير المستحق وقد تجتمع مع دعوى المسؤولية التضمية كما رأينا فى مثل التصيب لمال الغير الذى أوردته فى اللتن ، وكما يقع فى النافذة غير المصروعة وفى التقليد (consolidation) فيجوز للمدعى أن يرجع على الناس أو القصد بدعوى المسؤولية التضمية أو بدعوى الإثراء . وقد تجتمع دعوى الإثراء مع دعوى القضاة كما إذا كشف نصابة ميراثاً لشخص يجعل أنه وارث ، وكما إذا تولى عام عمال لمالك شخص دون توكيل ، فيجوز أن يرجع النصابة أو الهامى على من أنرى بما بدعوى القضاة أو بدعوى الإثراء .

ونستخلص من هذه الأمثلة أن دعوى الإثراء هى دعوى أصلية ، فلذا اجتمعت مع دعوى أخرى - كدعوى القصد أو دعوى المسؤولية التضمية - أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى القضاة - كان للمدعى الخيار بينها وبين هذه الدعوى الأخرى . وفى هذا التعلق وحده يمكن أن تصور أن تقوم دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها .

ويمكن القول - وهذا هو التحفظ الذى أشرنا إليه عندما كنا نتقل عن الموجز - إن دعوى الإثراء حتى فى هذا التعلق لا تقوم . ولما نستطيع الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق تحليل معنى «الافتقار» تحليلاً أبدي مدنى مما قدمناه . إذ يلاحظ أن الافتقار فى كل هذه الأمثلة يقال حتى ترتب للفقر بسبب افتقاره . فالنصيب ماله كسب بالنصيب حقاً فى التوزيع قبل الناس .

والطبيب كسب بالقصد حقاً قبل المريض . والوفى للدين غيره كسب بالوفاء حقاً قبل الدائن . ومن نوفى منافسة غير مشروعة أو قلعت بضاعته كسب بالنافذة غير المصروعة أو بالتقليد حقاً قبل الناس أو القصد . والنصابة والهامى دون توكيل كسب بالقضاة حقاً قبل الوارث وقبل من تراض عنه الهامى - بل إذا كان للفقر فى الوقت الذى افتقر فيه كسب حقاً يبادل هذا الافتقار ودخل هذا الحق فى ماله ، يمكن القول مع ذلك إن افتقاره موجود ؟ ألا يجوز أن يقال إن الافتقار هنا قاله حتى يبادل فائدهم ، فلا تقوم دعوى الإثراء فى جميع الحالات التى قدمناها ؟ إذا صح ذلك انعمى كل فرض تقوم فيه دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها ، فهذه الدعوى الأخرى إذا قلتم تكون إما «سبباً» للإثراء أو «معدلاً» للافتقار ، وفى الماهيتين لا تقوم دعوى الإثراء .

وهذا الرأى له مزيان : (أولاً) أنه يبسط المسألة التى نحن بصدها إلى حد كبير ، وبدلاً من أن نقرن إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى لأغنة ، ثم نتساءل أيجوز مع قيام هذه الدعوى الأخرى مباشرة دعوى الإثراء ، تحرير فى سلطة أن دعوى الإثراء إذا توافرت أركانها =

بقيت الحالات التي تكون فيها الدعوى الأخرى التي قامت إلى جالب دعوى الإثراء قد انسدت طريقها ، فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء لأنها كما يقال دعوى احتياطية ، ولا الدعوى الأخرى لأن طريقها قد انسدت . وجميع الأمثلة التي تورد عادة في هذا الصدد ليست إلا حالات تحقق فيها للإثراء سبب قانوني ، فلا يجوز للمدعى أن يرجع بدعوى الإثراء ، لا لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها ليست قائمة . فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود يزيد على عشرة الجنيهات ولم يحصل على دليل كتابي ، ولرأى المقرض - بعد أن انسدت أمامه طريق دعوى القرض للمانع قانوني هو انعدام الدليل الكتابي - أن يرجع على المقرض بدعوى الإثراء حتى يتمكن من إثبات القرض بالينة كواقعة مادية ، لم يميز له ذلك لأن الإثراء هنا له سبب هو عقد القرض (١) . وإذا أقرض مصرف مديناً مبلغاً من النقود سدد به دائماً مرتباً ،

«لا يمكن أن تقوم لك جانبها دعوى أخرى . تصبح ساقطة الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء ساقطة غير ذات موضوع . (ثانياً) أنه يجمل للاختصار «مادلاً» له مزية التصديق التي جعلها «سبب» الإثراء . فنعلم أن الإثراء قد يكون له «سبب» هو المصدر القانوني الذي أكسب للقري هذا الإثراء ، كذلك الاختصار قد يكون له «سبب» هو الحق القانوني الذي أكسب المقرض سبب هذا الاختصار . والاختصار «بموجب» الإثراء «سبب» ، كالمصدر يندم في دعوى الإثراء ركناً من أركانها فلا تقوم .

هنا وقد تنجم دعوى الإثراء مع الدعوى غير المباشرة ، كصاحب أرض يؤجرها ويشترط على المستأجر أن يكون ما يقيم هنا من بناء ملكاً له . ثم يضافه المستأجر مع مقاول لإقامة البناء ، ويميز عن الوفاء بالتزامه نحو كل من المقاول وصاحب الأرض ، فيلزم هنا نحو للمستأجر أن يرضى المقاول ويحول على البناء . فللمقاول في هذه الحالة أن يرجع على صاحب الأرض لما بدعوى الإثراء ، أو بالدعوى غير المباشرة نيابة عن المستأجر . ولكن دعوى الإثراء هنا لم يوجد لك جانبها دعوى أخرى للمقاول ، فإن الدعوى غير المباشرة ليست إلا دعوى المستأجر بمصلحتها المقاول نيابة عنه (أنظر محكمة البين الفرنسية في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي بايل ١٩٠٠ - ١ - ٢٩٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٨٦ يارض حكماً آخر في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٨٦) .

(١) ويرى الأستاذ ناكيه (Naquies) جواز أن يبشر المقرض بدعوى الإثراء بشرط إثبات واقعة الإثراء بالكتابة قياساً على الواقع القانوني التي تطوى على عقود فاته يجب إثباتها بالكتابة كما في جريمة خيانة الأمانة (تطبق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيرة ١٩١٨ - ١ - ٤١) .

والصحيح أن دعوى الإثراء هنا لا تقوم لوجود سبب للإثراء هو عقد القرض كالمعتاد . -

وأهل المصرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلولة محل هذا الدائن المرحوم ، وترتب على ذلك أن داتاً متأخراً تقدم على المصرف ، وأراد المصرف بعد أن اتسد أمامه طريق دعوى الحلول بإعماله أن يرجع على الدائن المتأخر بدعوى الإثراء ، لم يميز له الرجوع بهذه الدعوى لأن إثراء الدائن المتأخر له سبب هو

— وهنا هو شأن عقد المفاوضة أبرم كتابة بأجر إجمال على أساس تصميم الحق عليه مع رب الفصل (م ٦٥٨ فقرة ١ وقررة ٢ مدني جديد) ، فلذا حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة لم يأخذ بها رب الفصل كتابة ، وأراد للقول الرجوع على رب الفصل بزيادة في الأجر ، فإنه لا يستلج الرجوع بدعوى التقديس إلا لا يجوز له إثبات الاضطرار على التعديل أو الإضافة إلا بوثقة مكتوبة ، ولا يستلج الرجوع بدعوى الإثراء لأن إثراء رب الفصل له سبب هو عقد المفاوضة الأصل .

وهنا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى يسند طريقها لائق قانوني (أنظر المادة الثالثة من الحالات الخمس التي بحثها الوزني في رسالته) . فلذا قام تاجر بوجريد أشياء لفخص لايجر فيها ، وتقدم خطه باقتضاسنة (٣٧٨٥ مدني جديد) ، وأكد طريق دعوى التقديس بالتقدم ، فإن التأخر لا يستلج الرجوع بدعوى الإثراء لأن الدائن عليه قد أقرى بسبب قانوني هو التقدم . وإذا بلغ قاصر عقلاً ابن فاحش ورضع دعوى لشككة الأمن لفخص له بالتشككة ، ثم نزلت قيمة الطار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخضه ، واند طريق دعوى تشككة الأمن بسدور حكم نهائي ، فإن المشتري لا يستلج الرجوع بدعوى الإثراء على القاصر لأن هذا قد أقرى بسبب قانوني هو قوة العمى القضاء .

وقد رأينا فيما لسنه من الأمثلة أن المانع القانوني الذي يسند به طريق الدعوى الأخرى يتطلب فيكون سبباً للإثراء ، فينبغ بذلك قيام دعوى الإثراء . فلذا لم يتلج هذا المانع القانوني سبباً للإثراء ، اند الطريق دون الدعوى الأخرى من غير أن يسند دون دعوى الإثراء . وهنا قلج فأن دعوى الإثراء ليست بدعوى الاحيالية كما يقال . وثائق بتل تشككة : نصت المادة ١٨٤ من القانون المدني الجديد (م ٢٠٩/١٤٨ قديم) على أنه لا عمل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير الدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل الدين الحقيقي تسقط بالتقدم . وتقدم الدين الحقيقي في هذه الحالة بتسويس التبر الذي قام بالوفاء . فهنا وجدت دعوى استرداد غير المستحق . واند طريقها لائق قانوني وهو تجرد الدائن من سند الدين أو من التأمينات أو سقوط دعواه بالتقدم ، ولكن القانون اسطاع هذا المانع بقدر ظم يجله سبباً للإثراء ، وأجاز قنبر القى قام بالوفاء أن يرجع بدعوى الإثراء على الدين الحقيقي . ولا يقال ، إذا ترك الدائن دعواه قبل الدين الحقيقي تسقط بالتقدم ، لأن التقدم هو سبب للإثراء ، ذلك لأن دعوى الدائن وقت أن استوفى الدين ، أي وقت أن أقرى ، لم تكن قد سقطت بالتقدم ، والبررة في الإثراء بوقت وقوعه لا بوقت دفع الدعوى كما سئري .

حكم القانون وقد سبق الإشارة إلى ذلك (١). وإذا تعاقد معلم مع والد تلميذ على أن يعطى التلميذ درساً خاصاً ، ثم يفسد الأب ، فتفسد أمام المعلم دعوى الرجوع عليه بالتعدي لإصاوه ، ويريد المعلم الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب ، لم يجوز له ذلك لأن إثراء التلميذ له سبب هو التزام

(١) وهذا أيضاً هو شأن كل القروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى يند طريقها بطل العائن (أنظر المحلة الرابعة من المحلات المحس التي بحثها الموزني في رسالته) . فإنما كان شخص يملك كلاً ضل في غاية الصيد ، فأفسد به صاحب الناية وأجلده عنده أليماً متولياً ثقة لإعلمه دون أن يملكه للبدية ، فدأله طريق دعوى القضاة بطله ، فإن صاحب الناية لا يستطيع أن يرجع بدعوى الإثراء على صاحب الكلب ، لأن هذا إذا كان قد أترى فلاثراته سبب هو قانون ٢١ يوتية سنة ١٨٩٨ التي يوجب في فرنسا تسليم الكلاب العامة للبدية وهي التي تحول لإطالها (أنظر رسالة الموزني من ١٥١ - من ١٥٢ - ملوفان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢٩ من ١٤١ - من ١٤٢ - أنظر أيضاً محكمة إنيي البلرود في ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحلة ١٢ من ٧٩٠ - محكمة الاستئناف المختصة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ١٤٨ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٣٧ وهي الأحكام التي أشار إليها ملوفان في المرجع المشار إليه) . وإذا أعمل للقاول في اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيده حتى امتيازته على بناء أهله كنفس أفسد ، فدأله طريق دعوى الامتياز بطله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على التولية ، لأن التولية إذا كانت قد أثرت من ضياع حق امتياز القاول ، فلها الإثراء سبب قانوني هو أحكام القانون الخاصة بمرايب الهاتين (أنظر الموزني من ١٥٢ - من ١٥٤ - ملوفان من ١٤٠)

ينال إلى هذه الأمثلة مثل أكثر في قضية فرنسية هي قضية (Denebaletten) (تقريباً ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ طالوز ١٣ - ١ - ٤٣٣) : باع رجل أرضاً لحليته يماً سورياً ، فزمت الحلية الأرض للصرف في مقابل قرض ألفت به بناء على الأرض . فزمت حليته البايع دعوى قضت فيها محكمة التقاضي الفرنسية بإبطال الرهن الصادر من الحلية لأن ملكيتها للأرض ملكية سورية ، ورفضت أن يكون للصرف دعوى إثراء قبل المصلحة التي أثرت من ولاء باطلان الرهن إذا لم يرضت مرتبة رهنها القانوني على أموال مطلقاً ومنها هذه الأرض . ويقول الأستاذ رولست في صدد هذه القضية إن دعوى الإثراء ترفض لأن المصرف أصل . وهذا غير صحيح لأن المصرف لم يكن يعلم بصورة البيع ، وجبه أصل فدعوى الإثراء لا تمنع بإعمال العائن ولقد رأينا أن المأثر سواء التية يرجع بدعوى الإثراء ، والصحيح أن محكمة التقاضي الفرنسية أخفقت في إبطال الرهن ، لأن السورية لا يحتاج بها على التية حسن التية . أما إذا فرضنا جدلاً أن السورية يحتاج بها هنا ، فإن محكمة التقاضي تكون قد أمابت في إنكار دعوى الإثراء على المصرف التي سد طريق دعوى الرهن بطله ، وإذا كانت المصلحة قد أثرت ، فإن لإثراءها سبباً قانونياً هو أحكام القانون الخاصة بمخلف مراب الهاتين (ملوفان من ١٣٨ - من ١٤٠ - الموزني من ١٤٤ - من ١٥٠) .

الأب أن يقوم على تعليم ولده (١).

وريتين مما قلتمناه أن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية . فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها ، كان للمدعى الخيار بين الدعويتين . وإذا كان ينتظر في الواقع الدعوى الأخرى ، فقبلو دعوى الإثراء في الظاهر كأنها دعوى احتياطية ، فإن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت للإثراء سبباً فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء ، وإما أن تكون هي الأجل على المدعى فلا يرغب في أن يباشر دعوى الإثراء .

وإذا كان هناك شيء يستقي من فكرة الصفة الاحتياطية ، فليس ذلك ما يقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الدعوى واحدة بعد الأخرى . فإذا استفدها جميعاً ولم يستقم له أي منها التجأ إلى دعوى الإثراء . بل الذي يستقي هو أنه يجب على المدعى أن يستعرض الأسباب القانونية واحداً بعد الآخر ، فإذا استفدها جميعاً ولم يبق أي منها سبباً لإثراء المدعى عليه ، جاز له عند ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء (٢) .

المطلب الثاني

لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى

٧٨١- القانون المدني المبرر : نص القانون المدني الجديد صراحة في

(١) وقد رأينا أن محكمة مونتيلييه الفرنسية (٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ٢ - ٢١٣) أبزت رجوع الملم على التليذ بدعوى الإثراء بلا سبب . (أنظر الموزينو ص ١٥٧) وأنظر عكس ذلك بلواغان ص ١٠٩ .

كذلك إذا باع شخص سيارة لآخر ، فوجها للشترى ثلاث ، ونسخ البائع البيع وأراد الرجوع على الشترى فوجده مصراً ، فهو لا يستطيع الرجوع على الموهوب له بدعوى الإثراء ، لأن الموهوب له قد أثرى بسبب قانوني هو حيازة الثغرول بمسئولية (لاعتد المجبة لأن الواجب قد اتمخ سند ملكيته) . وقد سبقت الإشارة إلى أن للمعروض التهديد للقانون تعلقاً بالجهد اشتمل على نس يميز في هذه الحالة رجوع البائع على الموهوب له بدعوى الإثراء ، ولكن النس حذف في لجنة المراجعة ، خرج للمعروض التهاى خالياً منه .

(٢) وإذا أخذنا بفكرة «الساط» في الانظار على الوجه الذي قلتمناه أمكن أن نقول إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية بالمعنى الآتي : يجب على المدعى قبل أن يلجأ إلى دعوى الإثراء -

المادة ١٧٩ على أن التزام المئري يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيها بعد. ومعنى ذلك أن العبارة بمحصل الإثراء . فحق حصل وجد الالتزام في ذمة المئري ، وليس من الضروري بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى .

٧٨٢- **الرأى المعارضه :** والرأى السائد في فرنسا (١) هو الرأى المعارض . إذ يشترط هناك - كما كان يشترط في مصر (٢) قبل صدور القانون المدني الجديد - أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى . وقد جاء في «الموجز» (٣) في هذا الصدد ما يأتي : «والنظر الذي أثرى به المدين يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى عليه من الدائن . وينفى على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات في منزل المدين ، ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن الدعوى ، فإنه لا يرجع بشيء على المدين . ولكن إذا احترق المنزل بعد رفع الدعوى

- أن يتعرض كل الأسباب التي تصلح صمدراً قانونياً لقيام الإثراء أو لقيام سائل للاختلال ، فلما استندما جيداً ولم يجد أيأ منها يصلح قلة ، جاز له عندئذ أن يرجع بدعوى الإثراء .
(١) لوران ٢٠ قرة ٢٤٠ - أوربي وروبلية خلسة م ٢٦٧ - يودري وورد ٤ قرة ٢٨٤٩ (٢٦) - بلانول وريير وإسبن ٧ م ٥٠ - جوسران ٢ م ٢٨٠ (١) - محكمة ليون الاستئنافية ١١ يناير سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٣٢ - محكمة باريس الاستئنافية ٢٧ يولية سنة ١٩٢٨ سيره ١٩٣٠ - ٢ - ٧٣ - محكمة فينا الابتدائية ٤ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٥٣ - وفرن ديموج ٢ قرة ١٧٠ م ٢٨١ .

(٢) دي هانس ٢ م ٢٩٩ - والنون ٢ م ١٩٠ - دالوجز للوفت م ٢٨٧ - ٣٨٨ - موانان م ٧٥ - م ٨٣ . ومع ذلك فرن حشمت أوبستيت قرة ٥٣٥ وقرة ٥٤١ وقرة ٥٤٩ .

وله قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن دعوى الإثراء تفرض أن مال الدعي عليه قد زاد وقت رفع الدعوى بسبب ما قلعه له الدعي . ملاقوم هذه الدعوى في جميع الحالات التي يرى فيها الدعي عليه أن هذه الزيادة في ماله قد زالت ، حتى لو كان زوالها قد وقع بسبب ما أغتته منها ، ولا إذا كان الإخفاق لضرورة من ضرورات الدعي بحيث يكون من الحق أن مال الدعي عليه كان يتس بالإخفاق لهذا السبب لولا الزيادة التي أحسها الدعي (استئناف مخطط في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٤١٧ - أنظر أيضاً استئناف مخطط في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ١٢٢ - محكمة النصور فالجزية المخططة في ١٧ أغسطس سنة ١٩٢٥ جزيت ١٥ رقم ١٩٩ م ٢١٣ - محكمة أشمون الجزية في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الجبوجة الجزية ١٨ رقم ٥٠ م ١٩٥)
(٣) م ٢٨٧ - م ٣٨٨ .

وتقبل صدور الحكم، فلا يؤثر هذا في حق المائن، فإن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى. على أن الإثراء يجبر قائماً ولو كان ناشئاً عن خدمات أداها المائن للمدين وانتهت هذه الخدمات قبل رفع الدعوى، إلا إذا كانت هذه الخدمات قد أنشأت فائدة مادية كانت قائمة ثم هلك قبل التقاضي.

وهذا الحكم الغريب - وهو البقية الباقية من مخلفات الماضي وقت أن كانت دعوى الإثراء ترسف في الأغلال والتبوء - يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية (١):

- (١) أن الفرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذي اختل بين ذمتين ماليتين، إحداهما أثرت بسبب انقصار الأخرى، فالوقت الذي يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت الذي تطلب فيه إعادته، أي وقت رفع الدعوى
- (٢) اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذي يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة. ففي الفضالة لا يشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى، لأن الفضولي وهو يولي جميلاً لرب العمل أولى بالرعاية من المقتدر.
- (٣) أن الإثراء يعادل الضرر في المسؤولية التقصيرية، وكلاهما يقدر وقت رفع الدعوى.

(٤) أن جميع التقنينات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى (٢).

(١) تنقل هذه الأسانيد عن ملوخن بنوع خاص، فهو من أصلها الحكم ومن أكثرهم تحمساً له (أنظر ملوخن مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ - ص ٨٣).

(٢) هذه هي الأسانيد الرئيسية. ويضاف إليها عادة حجج أخرى ثانوية منها:

١٥. أن الإثراء دخل في مال المئري دون إرادته، بل دون علمه فيسأل الأمان، فكيف يجوز عتاق أن يرد المئري هذا الإثراء إذا لم يبق منه أثر وقت رفع الدعوى؟
٢٥. يمح كثيراً أن يكون المقتدر هو السبب في إهداره، فواجبه أن يسجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء (أنور زينو ص ٧٥).

٣٥. اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادة في القروض الآتية: (أ) إذا اعتزل الإثراء على مستندات استهلك وقت رفع الدعوى فمن السهل أن ترد قيمتها الاسمية - وهي القيمة وقت رفع الدعوى - لا قيمتها الفعلية - وهي القيمة وقت الإثراء، إذ قد تكون القيمة الأولى أقل بكثير من القيمة الثانية. (ب) إذا اشتعل الإثراء على عين بلعها المئري أو وعيها، فمن السهل أن يرد المئري في حالة البيع أو لا يرد شيئاً في حالة الهبة - وهذه هي قيمة الإثراء وقت رفع الدعوى. أما إذا ردت قيمة الإثراء وقت حصوله فيجب أن يرد قيمة العين في حالة البيع والهبة. (ج) إذا كان الإثراء لم يطق، كما إذا أهدى سكران بطة -

٧٨٣- رأى الصميم : والرأى الصحيح فى نظرنآ هو الرأى الذى أخذ به القانون المدنى الجديد من أن العبرة فى تقدير الإترآ بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى . وما مدنا نريد أن نحرر قاعدة الإترآ من القيود التى ألقاها فى الماضى ، فالواجب أن نتحكم فى هذه المسألة ، لا إلى تقاليد القاعلة ، بل إلى المنطق القانونى السليم . وقد قلنا أن مصدر التزام المرى هو واقعة الإترآ ، ولما كان الإلزام يوجد بوجود مصدره ، فالإلزام المرى بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإترآ . فمنذ أثرى المرى أصبح ملتزماً . ومتى تبين وقت قيام الإلزام تبين كذلك محل الإلزام ، إذ الإلزام لا يقوم إلا بقيام محله . فيتبين إذن محل الإلزام - وقيمة الإترآ أحد عناصره - وقت تحقق الإترآ . ويتبين من ذلك فى وضوح أن قيمة الإترآ إنما تقدر وقت تحقق الإترآ لا وقت رفع الدعوى .

هذا هو المنطق القانونى السليم . وهو عين المنطق الذى نراه فى جميع المصادر الأخرى للإلزام . فالإلزام الناشئ من العقد يتعين محله وقت تمام العقد . والإلزام الناشئ من العمل غير المشروع يتعين محله وقت وقوع الضرر على تفصيل سنعود إليه فيما لى . والإلزام الناشئ من القانون يتعين محله وقت قيام الواقعة القانونية التى يرتب القانون عليها الإلزام ، جوازاً كانت أو قرابة أو غير ذلك . فلذا كانت مصادر الإلزام جميعاً إذا قامت يتعين بقيامها محل الإلزام ، فلماذا نستثنى من هذا المبدأ المنطقى العادل مصدرأ واحداً هو مصدر الإترآ بلا سبب ، ونستثنى لهذا المنصدر وحده بقية من بقايا الشفوذ التى اشتهر بها فى الماضى ! إن القانون المدنى الجديد عندما قرر أن الإترآ بلا سبب هو كغيره من المصادر إذا قام يتعين بقيامه محل الإلزام ، وأن العبرة فى تقدير قيمة الإترآ تكون بوقت تحقق الإترآ ، قد أعاد هذا المصدر إلى حظيرة القواعد العامة ، وجعله نظيراً لغيره من المصادر الأخرى ، وفك عنه آخر

= فى البين المؤجرة ستؤول ملكيته إلى المؤجر عند نهاية الإعجار ، فن المدل ألا يرجع المأجور بدعوى الإترآ على المؤجر قبل نهاية الإعجار لأن الإترآ غير موجود وقت رفع الدعوى . وستؤول الرد على هذه الحجج عند الرد على الأسانيد الرئيسية .

خل كان به مشهود الوثاق .

٧٨٤ - تقصير الرأى المعارضه : أما الحجج التى يستند إليها الرأى

المعارض فن المسور نقضها :

(١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين مالبتين، فهنا صحيح. ولكن إلى أى وقت تكون إعادة التوازن؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى لأن الاختلال يكون قائماً وقت ذلك ، فإن هنا المنطق يجر القائل به إلى مدى أبعد . وما دامت العبرة بقيام الاختلال ، فما أولى أنصار الرأى المعارض أن ينتقلوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم ، ففي هذا الوقت وحده يستطيع القاضى أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال فى مكتبته أن يصلحه! وقد أبى الأستاذ ديموج، وهو من أنصار الرأى المعارض، إلا أن يسير فى منطقته إلى نهاية الشوط ، فيقول بوجوب إصلاح الاختلال إلى وقت النطق بالحكم (١). ولكن مقتضيات الصياغة القانونية تأبى إلا استقرار التعامل . فن بين الأوقات الثلاثة التى تتنازع المسألة التى نحن بصدد حلها ، وقت وقوع الاختلال فى التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم ، لا يوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت ، لا يدخل فى تحديده التحكم ، ولا يتعين تبعاً للمصادفات . وهو فوق هذا كله الوقت الذى يقوم فيه الالتزام . وذلك هو وقت وقوع الاختلال فى التوازن . أى وقت تحقق الإثراء. فالواجب إذن الوقوف عند هذا الوقت وحده لتقدير قيمة الإثراء .

(٢) وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء من دعوى الفضالة ، فهذه حجة بادية للوهن . فالتمييز بين الدعويتين لا يزال قائماً حتى بعد اختفاء هذا المميز . ولا يزال هناك فارق جوهري بين دعوى الفضالة التى تجعل للفضولى الحق فى استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ، ودعوى الإثراء التى لا تجعل للمفتقر إلا أقل القيمتين من الإثراء والافتقار . بل إن هذا الفارق الجوهرى هو الذى يستجيب لمهمة كل من الدعويتين ، فإن الفضولى يولى جميلاً فكان له أن يسترد جميع مصروفاته

الضرورية والثافة ، أما المختصر فليست عنده هذه التية ولذلك لا يسترد إلا أقل القيمتين .

(٣) وأما أن الإثراء بماتل الضرر في المسؤولية التقصيرية ، كلاهما يقتل وقت رفع الدعوى . فهذه مماثلة خاطئة وحكم غير صحيح . وإنما بماتل الضرر في المسؤولية التقصيرية الاقتصار لا الإثراء . وسنرى أن الاقتصار كالضرر يقدر يوم النطق بالحكم إذا كان متغيراً ، لا يوم رفع الدعوى .

(٤) وأما أن جميع التقنيات الحديثة تقلل الإثراء وقت رفع الدعوى . فهذه التقنيات إذا كانت لاتينية فلا دلالة لها ، لأنها إنما تسير في قاعدة الإثراء وفقاً لتقاليدنا الضيقة . وإذا كانت جرمانية فدلالتها أقل ، وقد رأينا أن القوانين الجرمانية تنهب في تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب إلى مدى أبعد من المدى الذي تنهب إليه القوانين اللاتينية . فهي تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ، ولا تقر الإثراء الممنوع بل تشترط أن يكون ذا قيمة مادية . فكل هذه التقنيات من لاتينية وجرمانية وقعت بالقاعدة عند تقاليدنا القديمة ، وجعلت عن أن تسير بها في طريق التطور (١) . على أن هناك تقنيين سجلوا لقاعدة هذا التطور الأخير ، فصا صراحة على جواز أن يكون الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى ، وهما التقنين النمساوي (٢) والتقنين الأرجنتيني (٣) . فهل يجب القانون المصري الجديد أن يكون قد سار بالقاعدة إلى هذا المدى

(١) على أن ينس هذه التقنيات ينس صراحة على وجوب رد الإثراء مقدراً وقت تحققه (لا وقت رفع الدعوى) إذا كان للرى سـ.ه التية (م ١٢٧ من التقنين البولوني وم ١٤٢ من التقنين الهناني وم ١٨٧ من التقنين النمساوي وم ٤٠٠ من التقنين السوفيتي) . وغنى عن البيان أن للرى حسن التية لا بل الإثراء ، في مطلق قاعدة الإثراء بلا سبب ، عن الزام للرى سـ.ه التية ، إذ أن سوء التية أو حسنها لا دخل له لا في ترتيب الإثراء ولا في تحديد مدها .

(٢) ينس التقنين النمساوي — وهو في سدد التمييز صراحة ما بين القضاة والإثراء بلا سبب أي أنه لا يخطئ بينهما كما ذهب إلى ذلك الأستاذ ماركاف (م ٨٢) — على أن تحذر الإثراء يكون وقت تحققه حتى لو زال بعد ذلك ، فيقول في المادة ١٠٤١ : «إذا استلشى لفظة الغير ، من غير أن تكون هناك فضاة ، فطاسب التية . أن يسترد عيناً ، فإذا أصبح ذلك غير ممكن استرد التية التي كانت له وقت الاستلش حتى لو زال الإثراء بعد ذلك » .

(٣) ينس التقنين الأرجنتيني في المادة ٢٢٤٣ على ما يأتي : «الفرد التي تكون أخفت فزادت في قيمة شيء يملكه الغير ، أو ترتب على إغالبها فغ الغير أو تحسب في ملكه ، يجبر إغالبها أمراً غنياً ، حتى لو زال الإثراء فيما بعده » .

الواجب في التطور (١)

(١) أما المجمع الأخرى الثانوية فهي أيضاً غير مقبولة :

١ - فأما أن الإثراء قد دخل في ملك المولى دون إرادته ، بل ودون علمه في بعض الأحيان ، فلا يجوز أن يرد للمولى هذا الإثراء إذا لم يبق له أثر وقت رفع الدعوى ، فهذه حجة مقدمتها لا صلة لها بنتيجتها . ذلك أن التزام المولى بإثراء لا ينشأ من إرادته ، بل ينشأ من واقعة مادية هي واقعة الإثراء ، فحق تحققت هذه الواقعة فام الالتزام وتبين علمه في الوقت الذي نشأ فيه . والالتزام هنا كما نرى مستقل عن إرادة المولى ولا صلة له بها حتى يصح أن يرتب على انتفاء إرادته أى أثر في مدى التزامه . ثم ما عسى أن يقول أصحاب هذه الحجة في الأحوال التي يطعن فيها الإثراء بإرادة المولى وهي أحوال كثيرة ؟ أترام يتركون بين حالة وحالة ؟

٢ - وأما أن القضر هو السبب في إقتل نفسه فوجب عليه أن يسجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء ، فهذه حجة غريبة ، إذ هي لا تقوم على أساس قانوني ، ولا هي تشمل كل حالات الإثراء ، فكيف يمكن أن يكون المولى هو السبب في إثراء نفسه على حساب القضر . والسبيل القانوني لمنع القضر على تسجيل دعوته هو تخصيص مدة التقدم ، وهذا ما فعله القانون الجديد .

٣ - وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج مائة ، فهذه الحجة أيضاً لا تقوم على أساس . والقروض التي سبقت في هذا الموضع هي فاتها التي تعالج ذلك : (١) فإن الإثراء إذا اشتمل على سندات استهلك وقت رفع الدعوى فليس من المطروح فيه أن المدعى يقضى برد قيمتها الاسمية - وهي القيمة وقت رفع الدعوى - دون قيمتها الفعلية - وهي القيمة وقت الإثراء . فلو أن القيمة الأولى زادت على القيمة الثانية لبان للقائلين بهذه الحجة أن المدعى على خلاف ما يقولون . على أن المطلق القانوني يقضى بأل سندات المستهلكة - وقد أصبحت ملكاً للمولى من وقت تحقق الإثراء - تستعمل في خدمة المولى ويلزم رد قيمتها الفعلية ، ثم هو الذي يتحمل تبعاتها بعد ذلك ، ارتفعت قيمتها الفعلية أو انخفضت . (ب) وإذا اشتمل الإثراء على عين باعها المولى أو وهبها فليس من العدل أن يرد قيمتها وقت رفع الدعوى فلا يرد شيئاً في حالة الحجة (وقد قدمنا أن القضر في هذه الحالة لا يستلحق أيضاً الرجوع على الموهوب له) ، بل المدعى يقضى بأن يرد قيمتها وقت تحقق الإثراء فيرد هذه القيمة في حالة الحجة ورد هذه القيمة أيضاً دون الزمن في حالة البيع ، وما دام قد أصبح مالكا حين فهو الذي يتحمل تبعاتها ، زادت القيمة أو انخفضت أو انقضت . (ج) ولذا أهم التأخر بناء في الجبن للوجبة فإن للقول لا يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار ، لأن قيمة الإثراء تقدر وقت رفع الدعوى كما يزعم أصحاب الرأي المارضي ، بل لأن الإثراء قبل نهاية الإيجار لم يتحقق ، إذ أن المؤجر لا يتملك البناء إلا عند نهاية الإيجار .

على أن الرأي المارضي هو ذاته الذي يؤدي إلى نتائج غير مستغاة . من ذلك : (٢) إذا كان الإثراء عملاً قد تم أو منتهى قد استهلك ، فطبق الرأي المارضي يقضى بالأعمال الرجوع بدعوى الإثراء ما دام الإثراء قد انضم وقت رفع الدعوى . ولم ينشئ أصحاب الرأي المارضي برأيهم هنا ، ولم يسمح إلا أن يرجعوا عنه إلى الرأي الآخر (أنظر ملاحظتي ص ٧٧ - ولا تقول ووجه ويسلف ص ٥٠ - مجموع ٢قرة ١٧١) . (ب) إذا وفي شخص دين عليه ، فلهذا

وبتين مما قلناه أن الإثراء يحمل قيمة وقت تحققه . وهنا هو الوضع الصحيح للمسألة . فإدام الإثراء منذ تحققه دخل في ذمة المثرى وأصبح ملكاً له ، فهو الذى يتحمل تبعته من هذا الوقت . إن زاد بعد ذلك فله النعم ، وإن نقص أو زال فعليه الغرم . بهذا تقضى المبادئ الصحيحة ، وهنا ما يفرضه المنطق القانونى (١).

وبعد فقد رأينا أن دعوى الإثراء انحدرت في القانون المدنى الجديد من آخر ما كان يظهر من قيود . وهى بعد هذا التحرر قد تركت لمصيرها . فهل يكون هذا المصير هو مصير المسئولية التصيرية ، إذ كانت في القديم محصورة في نطاق ضيق ، ثم أطلقت من قيودها ، فتطورت واتسعت حتى أصبحت قاعدة عامة تنبسط على جميع نواحي القانون (٢)؟

إن دعوى الإثراء في حاجة إلى مثل هذا التطور ، إذ لا تزال هناك حالات خاصة تقوم إلى جانب القاعدة العامة في الإثراء ، كحالات الالتصاق وحالات المبرورقات الضرورية والنافعة ، وتبقى هذه الحالات في نطاقها الخاص ، وتبقى بجانبها دعوى الإثراء فيما يجاوز هذا النطاق . كل هذا حتى يأتي اليوم الذى تنقلص فيه هذه الحالات الخاصة ، فتبطلها القاعدة العامة في الإثراء ، كما ابتلعت القاعدة العامة في المسئولية التصيرية الحالات الخاصة

== العائى الذى استوفى حقه دعواه سقط بالتادم . فلذا أخذنا ما بالرأى المعارض لم يميز بين وفى بالدين أن يرجع على المدين المفقى بدعوى الإثراء لأن الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى بنظام الدين . ولما كان هذا الحل غير مستلغ فقد جرى التص على خلافه (أنظر المادة ١٨٤ من القانون المدنى الجديد - وأنظر أيضاً المادة ٢٠٩/١٤٨ من القانون المدنى القديم والمادة ١٣٧٧ من القانون الفرنسى) . (د) على أن الرأى المعارض ليس دائماً في صالح المثرى ، بل قد يتقلب حرباً عليه إذنا كان الإثراء قد زاد وقت رفع الدعوى ، بدلا من أن يزول أو ينقص ، ولم يجاوز مع هذه الزيادة قيمة الاقتطاع .

أنظر الدكتور خمسة أبو ستيت فقرة ٥٤٠ ص ٣٩٤ ، وهو أميل إلى الأخذ بالرأى الذى سار عليه القانون المدنى الجديد .

(١) ولما كان القضاء والفقهاء في ظل القانون المدنى القديم قد جربوا على أن تهدير الإثراء يكون وقت رفع الدعوى لا وقت تحقق الإثراء ، فإن القانون المدنى الجديد - وقد أتى بمحكم مخالف - لا يكون له أثر رجعى في هذه الحالة . فلو أن الإثراء هو زيادة في منزل المثرى قبل القفطر ، وتحقق هذا الإثراء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى قبل قفاذ القانون الجديد ، واستقر المنزل بعد هذا التاريخ ، فإن القفطر لا يرجع بئس على المثرى طبقاً للقانون القديم .

(٢) أنظر ريبير في القاعدة الحقة ص ٩٠ - ص ٩١ .

في الجحجحة المنفية .

هذه هي سياسة القانون المدني الجديد : أن تبرز قاعدة الإثراء إلى جانب قاعدة الخطأ وإلى جانب قاعدة العقد ، فتصبح مثلها مصدرأ مستقلا للإلتزام .

الفرع الثاني

أحكام الإثراء بلا سبب

٧٨٥- المدعى والجزء : إذا توافرت الأركان التي قعمتها في قاعدة الإثراء بلا سبب ، ترتبت أحكام هذه القاعدة ، ووجب على المدعى تعويض المقتر .

فالتعويض إذن هو جزء الإثراء بلا سبب . ودعوى الإثراء هي الطريق إلى هذا الجزء .

ونستعرض في مبحثين متعاقبين - كما فعلنا في المسئولية التقصيرية - الدعوى والجزء .

المبحث الأول

الدعوى

نستعرض في الدعوى ما يأتي : (١) طرق الدعوى . (٢) الطلبات والدفع . (٣) الإثبات . (٤) الحكم .

١٥ - طرق الدعوى

١- المدعى :

٧٨٦- من يكونه المدعى : المدعى هو المقتر ، فهو وحده الذي يحق له أن يطالب بالتعويض . ويقوم مقامه النائب والخلف .

ونائب المقتر ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه ، وإذا كان محجوراً هو القيم ، وإذا كان مفلساً هو السنيك ، وإذا كان وقفاً هو ناظر

الوقف . وإذا كان المقتقر رشيداً بالغاً فثابته هو الوكيل .
والخلف هو الوارث أو الدائن ، وهذا هو الخلف العام . والمحال له وهذا
هو الخلف الخاص . فإذا مات المقتقر حل وارثه عمله في المطالبة بالتعويض .
ويموز للدائن المقتقر أن يطالب المثرى بالتعويض مستعملاً حق المقتقر عن
طريق الدعوى غير المباشرة . ويصح أن ينزل المقتقر عن حقه في التعويض
إلى شخص آخر فيصبح المحال له هو دائن المثرى .

٧٨٧- أهلية المردعي : ولا يشترط في المقتقر أهلية ما . ف ناقص الأهلية -
الصبي المميز والنفية وذو الغفلة - يصح أن يفقر بأن يثرى شخص على
حسابه دون سبب قانوني ، فيصبح ناقص الأهلية دائماً للمثرى . بل قد
يكون المقتقر عديم الأهلية . كالصبي غير المميز والمعتوه والمجنون . فيثرى
شخص على حساب أحد من هؤلاء دون سبب قانوني . فيصبح عديم الأهلية
دائماً للمثرى بالتعويض .

٧٨٨- تمرد المردعي : وقد يتعدد المقتقر ، كما لو أثرى شخص على
حساب شركاء في الشروع . فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثرى ، كل
منهم بقدر نصيبه في التعويض . ولا تضامن بينهم . بل لكل منهم دعوى
مستقلة عن دعاوى الآخرين ، ويقدر القاضي تعويض كل على حدة ، وذلك
لعدم ورود نص على التضامن في هذه الحالة (١)
ب - المدعى عليه :

٧٨٩- من يكره المردعي عليه : المدعى عليه هو المثرى . فهو وحده
المشلول عن تعويض المقتقر . ويتوهم مقامه في المسؤولية التائب والخلف .
فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان مجبوراً كان
التائب هو القيم . وإذا كان مفلساً فالسنديك ، وإذا كان وقفاً فالناظر (٢) ،
(١) وقد ورد نص على التضامن في حالة تعدد الفضول (١٩٢م) فقرة (٣) ، وسيأتي
بيان ذلك .

(٢) ويكون الوقف مشلولاً عن إرثائه بدون سبب قانوني ، وتعدد مسئولية عن التعويض
بأن يثبت الإثراء والاختصاص . والتأمر أن التنفيذ بهذا التعويض على المال الموقوف يتم على =

وإذا كان رشيداً بالغاً فالوكيل .

وخلف المرى هو وارثه ، ولكنه لا يرث الركة في الشريعة الإسلامية إلا بعد سداد الديون . فركة المرى تكون هي المسئلة عن تعويض المقتصر ، وأى وارث ترفع عليه الدعوى يمثل الركة . ويجوز أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كمتجر ملين عن طريق الإثراء يباع وتحال ديونه على المشتري وفيها هذا الدين ، فيكون المسئول عن التعويض في هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً .

٧٩٠- **أهلية المرمى عليه** : أتى القانون الجديد ، كما رأينا ، بنص صريح

في هذه المسئلة ، قنضت المادة ١٧٩ بأن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم ... » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « ولا يشترط في المرى توافر أهلية ما ، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء (١) » .

ولا شك في أن هذا الحكم هو الذى يتفق مع المنطق القانونى السليم . وإذا كان الملتزم بالمقد يشترط فيه التمييز بل يشترط فيه بلوغ سن الرشد في عقود التصرفات ، فذلك لأنه يلتزم بإرادته ، والإرادة تقوم على التمييز على تفاوت في درجاته تبعاً لخطر المقد . وإذا كان الملتزم بالعمل غير المشروع يشترط فيه هو أيضاً التمييز ، فذلك لأن مسئوليته تقوم على الخطأ والتمييز هو ركنه المعنوى ، ومن ثم جاءت مسؤولية عديم التمييز عن العمل غير المشروع استثناء مستنداً إلى نص في القانون كما قلنا . أما الملتزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو إنما يلتزم لا بمقتضى لإرادته ولا استناداً إلى خطأ صدر منه حتى تتطلب فيه التمييز ، بل إن

= قيمة الإثراء التى التحقت بالوقت . وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا لم يتم الدليل القاطع على أن إنشاء الوقت هو السبب المباشر في إيقاع الضرر بزمانى الوقت ، لم يكن هناك على لقبول الدعوى الوليصة من فائت سابق على إنشاء الوقت . ولكن إذا أرى الوقت بسبب توريدات أو أعمال قام بها الدائن للغير الموقوف ، ولم يتوف الدائن حقه ، ولم يتمكن من استيفائه بسبب إغفال الوقت ، جاز الرجوع على الوقت بدعوى الإثراء (استئناف مختط في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٢١٠ ص ٣٤٥) .

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٤١ .

مصدر التزامه هو واقعة قانونية (fait juridique) هي واقعة الإثراء ، فقي تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام في ذمته دون نظر إلى أنه مميز أو غير مميز . غير أن المرى ، إذا لم يكن كامل الأهلية ، لا يحاسب إلا على ما انتفع به فعلا . فإذا قد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة ، فلا يحاسب ما فقد من ذلك في تقدير إثراته (١) .

٧٩١- نعمو المرحى عليه : وقد يتعدد المرى كما لو أثرى شركاء في الشيوع على حساب الغير ، فيصبح هؤلاء مدينين للمفتقر بالتعويض . ولا يكونون مسئولين بالتضامن ، بل يكون كل منهم مسئولاً بقدر نصيبه أى بأقل القيمتين : إثراته هو واقتار الدائن الذى نشأ عنه هذا الإثراء . ويقدر القاضي هذا التعصيب كما يفعل عند تعدد المفتقر فيما مر بنا . وانتهاء التضامن عند تعدد المرى كاتضاء التضامن عند تعدد المفتقر يرجع إلى عدم ورود نص على التضامن (٢) .

(١) استكاف مخطط في ١٠ يونية سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٢ . وفي حكم آخرضت محكمة الاستكاف المخططة بأن القانون يقضى في الإثراء بلا سبب أن تأس الأهلية لنا أبطل القدر يقى ملزماً بمقتضى الإثراء ، على أن الرد لا يشمل كل ما تسلمه ، بل يقتصر على ما تملكه من قيم عتيق دون زيادة وعمل القائمة التى جناها فعلا من وراء التزاماته . وكل من التزم والقائمة لا وجود له في حالة ما إذا أعطى سفيه ما لا حاجة له به إطلاقاً نظراً إلى ملكه من المولود الشخصية (استكاف مخطط في ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٩) .

(٢) وقد طبقت محكمة الاستكاف المخططة هذا للبأ في دفع غير التحقق (استكاف مخطط ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للحاكم المخططة ٨ ص ٢٤) — ومع ذلك فقد انخرقت عن للبأ وقتض بالتضامن في حالة الإثراء بلا سبب (١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥) . وقتض كذلك بالتضامن في التضالفة عند تعدد رب السبل (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) — وكان الواجب ألا يحكم بالتضامن في هاتين الحالتين (أنظر ملراغن ص ١٥٧ — وهون فرانسوا جورى ص ٣١٨ ومحنة القضى الفرنسية في ٤ مايو سنة ١٨٥٩ سيريه ١ - ٥٩ - ٣٧٧) .

وليس ثمة شك في القانون الجديد — كما لم يكن هناك شك في القانون القديم — أن التضامن لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نص في القانون . وقد نصت المادة ٢٧٩ (جديد) على أن «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون» . ولا يوجد اتفاق على التضامن بين الدائنين أو المقرين إذا تعددوا ، ولم يرد نص على التضامن إلا في حالة واحدة هي حالة تعدد الفضول (م ١٩٢ قرة ٣) وقد سبقت الإشارة إليها . ونخلص من ذلك بوضوح أن القانون الجديد ، كالقانون القديم ، يقضى بعدم التضامن لما تعدد المرى أو تعدد المفتقر (راجع ملراغن ص ١٥٨) .

٢٤ - الطلبات والدفع

(قادم دعوى الإثراء)

١ - طلبات المدعى :

٧٩٢- يطلب المدعى تعويضاً عما لحق به من افتقار في حدود ما نال المدعى عليه من إثراء . هذا هو ما يطلبه المدعى ، وهذا هو ما يميز دعوى الإثراء عن دعوى استرداد غير المستحق ودعوى القضاة . وإذا كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصيتين من الدعوى الأولى ، إلا أن هذه الدعوى الثلاث كل منها مستقل عن الآخر .

ويرتب على ذلك أن المفتر إذا تقدم كعضو أو كدافع لغير المستحق وخسر دعواه ، فلا شيء يمنع من أن يتقدم ثانية بدعوى الإثراء بلا سبب ، ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي ، لأن سبب الدعوى الأولى وهو القضاة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب (١) .

(١) ويرتب على ذلك أيضاً أن المدعى إذا استند في دعواه إلى القضاة ، فلا يجوز له لأول مرة أمام محكمة النقض أن يستند إلى دعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي : « إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بما أخذه المدعى في تسكة بناء على أرض المدعى عليهم اعتماداً على تكليف شفهي من أحدهم ، وأسس المدعى دعواه أولاً على الوكالة ثم على القضاة ، ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن الوكالة المدعاة لا يمكن إثباتها بالبينة وعلى أن المدعى لا يعتبر عضواً لعدم توافر شرائط القضاة بالنسبة له ، فلا يقبل من المدعى أن يلمن بطريق النقض في هذا الحكم على أساس مخالفته للقاعدة ٦٥ من القانون الذي يخول له متى طعن هو من الأسباب القانونية الصرف التي يجوز إبطالها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك لأن هذا الطعن فضلاً عما فيه من تغيير للأساس المرفوعة به الدعوى فإن عناصره الواقعية لم تكن عرضت على محكمة الموضوع لبحثها حتى يفسى الحكم بالنقض أن تنظر فيه (نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٠٠ من ١٩٣٧) . كما قضت محكمة النقض بعدم جواز التمسك لأول مرة أمامها بالقضاة ، فكانت في ذلك : « لا يصح التمسك أمام محكمة النقض بأن المدعى (عما كان عضواً في الدعوى المرفوعة منه) إذا كان ذلك بعد عرض على محكمة الموضوع » (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٨٦ من ٢٩٤٤) .

ب - دفع المدعى عليه :

٧٩٣- كيف يدفع المدعى عليه الدعوى : يدفع المدعى دعوى الإثراء بأحد أمرين : إما بانكار قيام الدعوى ذاتها ، فيدعى أن ركناً من أركانها الثلاثة - الإثراء أو الافتقار أو انعدام السبب - لم يتوافر . وإما أن يقر بأن الأركان قد توافرت ولكن التزامه انقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، فيدعى مثلاً أنه وفي المقر ما يستحق من تعويض ، أو أنه اصطالح معه ، أو أن مقاصة وقعت ، أو أن المقر أبرأ ذمته ، أو أن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم .

٧٩٤- الدفع بالتقادم : وتطبق القواعد العامة في كل ما تقدم والذي يعيننا الوقوف عنده قليلاً هو الدفع بالتقادم . فقد أدخل القانون المدني الجديد تعديلاً جوهرياً في هذا الصدد . وبعد أن كانت دعوى الإثراء لا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة ، صارت الآن تتقدم أيضاً بثلاث سنوات على التخصيص الآتي .

نصت المادة ١٨٠ من القانون الجديد على أنه وتسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب باقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال باقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :
« ينشأ المشروع في هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في المطالبة بالرد أو بالتعويض ، ويقف على شخص من يلزم بذلك . وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« تسقط بالتقادم دعوى التعويض عن الإثراء بإنقضاء فقط « بالتقادم » . وقد أقرتها لجنة المراجعة على أصلها ، ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني يحيطس الصيوخ وافقت اللجنة عليها مع حذف كلمة « بالتقادم » لأنها مفهومة من النص . ووافق مجلس الصيوخ على المادة بالصيغة التي قدمتها له لجنة القانون المدني (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥) .

التقادم بالمدة الطويلة . ويبدأ سريانها من اليوم الذى ينشأ فيه الالتزام)
وقد جرى القانون الجديد في هذه المسألة على عاذته من إنشاء تقادم قصير
لالتزام لا ينشأ من إرادة صاحبه . وقد رأينا أنه فعل ذلك في المسئولية التصيرية ،
وسراره يفعل ذلك أيضاً في دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة .
ذلك أن الالتزام الذى ينشأ مستقلاً عن إرادة الملزم متى علم به صاحبه
لا يقيه القانون المدة التى يبقى فيها التزاماً أنشأتها إرادة الملزم ، فالثاني دون
الأول هو الذى ارتضاءه الملبين .

ومبين من النص الذى قلناه أن دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم بأقصر
المدينين الآتين :

(١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المقتصر بحقه في التعويض . وهو
لا يعلم بحقه في التعويض إلا إذا علم بما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء
الغير وعرف هذا الغير الذى أثرى على حسابه . فلا يبدأ سريان التقادم في حالتنا
هذه من يوم قيام الالتزام في ذمة المثرى ، بل من اليوم الذى علم فيه المقتصر
بافتقاره وبمن أثرى على حسابه . وبذلك يكون على بينة من أمره فيتدبر
الموقف ، وينظر في رفع الدعوى في خلال هذه المدة .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويبدو لأول وهلة أن الدعوى
تتقادم بالمدة الأولى القصيرة قبل تقادمها بهذه المدة الطويلة . وهذا صحيح في
الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن يقع أحياناً أن المقتصر لا يعلم بافتقاره
وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من يوم قيام الالتزام ، إذا فرضناها
أكثر من اثني عشرة سنة فإن الدعوى تتقادم باقضاء المدة الطويلة - خمس
عشرة سنة من يوم قيام الالتزام - قبل تقادمها باقضاء المدة القصيرة وهي
ثلاث سنوات تبدأ بعد انقضاء أكثر من اثني عشرة سنة من يوم قيام الالتزام ،
فلا تنقضي إلا بعد انقضاء مدة الخمس عشرة سنة . وهذا ما قلده القانون
الجديد فاحتاط له ، ولم ينفل أن يورد المدة الطويلة إلى جانب المدة القصيرة

(١) مجموعة الأعمال التصيرية ٢ من ٤٤٤ . وانظر أيضاً المادة ٦٧ من قانون
الالتزامات الويسرى .

ليجعل لالتزام يتقدم بأمرهما اقتضاء (١).

٣٥ - الإثبات

١ - عبء الإثبات :

٧٩٥- يقع عبء الإثبات على الدائن وهو المقر. فهو الذى يطلب منه إثبات قيام الالتزام في ذمة المدين وهو المثرى (٢).
فعل المقر إذن أن يثبت أن هناك إثراء في جانب المثرى ومقدار هذا الإثراء . ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا الإثراء بقى قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أن يكون قد زال ، وقد تقدم بيان ذلك .
وعليه أيضاً أن يثبت أن هناك انقصاراً في جانبه ترتب عليه إثراء المثرى ومقدار هذا الانقصار .

وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانوني . إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً قانونياً ، ولا يكلف المثرى إثبات هذا السبب . فإذا ادعى المقر ألا سبب للإثراء فعليه هو أن يثبت ذلك . وهناك رأى مرجوح يلحظ إلى أن المقر إذا أثبت انقصاره وإثراء الغير فإنه يفرض ألا سبب للإثراء ، وإذا ادعى المثرى أن هناك سبباً قانونياً لإثرائه فعليه هو أن يثبت ذلك (٣) .

ب - وسائل الإثبات :

٧٩٦- لما كانت أركان دعوى الإثراء - الإثراء والانقصار وانعدام

(١) أما بالنسبة إلى الالتزامات التي نشأت في ظل القانون القديم ، وكان مصدرها الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو القضاة ، فيرجع فيها إذا كانت مدة التقادم القصيرة التي قررها القانون الجديد هي التي تسري إلى ما سبق أن قرره في هذا الشأن في صدر التقادم في بطلان التقادم في صدر التقادم في السبل غير المشروعة (أنظر أيضاً فقرة ٢٢٣) .

(٢) استضاف مخطط في ٧ يوتية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٧ .

(٣) أنظر في هذه المسألة فرانسوا جوييه في الإثراء على حساب الغير باريس ١٩٤٩ ص ٣١٦ - ص ٣١٧ . أما من الناحية السلبية فإن وجود سبب للإثراء أو انعدام هذا السبب إنما يكون عن طريق قرآن قضائية متطابقة تنقل عبء الإثبات من المقر إلى المثرى ثم من المثرى إلى المقر وممكنًا .

السبب - كلها وقائع مادية ، فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع وسائل الإثبات ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن .
فيجوز للمفتقر أن يثبت بالمعينة وبتقدير الخبراء وبشهادة الأطباء وأقوال الشهود وبالقرائن الأركان الثلاثة التي يقع عليه عبء إثباتها .
ويلزم بعض الفقهاء إلى أن الإثراء إذا كان سببه عقداً تزيد قيمته على عشرة جنينيات فيجب إثبات العقد بالكتابة أو بما يقوم مقامها وفقاً لقواعد الإثبات المقررة في العقود (١) . ولكن إذا كان العقد هو سبب الإثراء فإنه ينبغي أن يكون قد انطوى على سبب قانوني لهذا الإثراء ، فلا تنافر أركان القاعدة ، ولا يترتب في ذمة المثرى التزام .

٤٨ - الحكم

١ - الطعن في الحكم بطريق النقض :

٧٩٧- طرق الطعن في الحكم : لا يختلف الحكم الصادر في دعوى الإثراء عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . وطرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف . والطرق غير العادية للطعن هي التماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذي يتعدى إليه الحكم والنقض .
وبيننا هنا طريق الطعن بالنقض ، فرسم الخطوط الرئيسية لما يعتبر في قاعدة الإثراء من القانون فيخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر من الواقع فلا يخضع لهذه الرقابة . وتتناول - كما فعلنا في المسؤولية التقصيرية - أركان قاعدة الإثراء الثلاثة : الإثراء والافتقار وانعدام السبب القانوني .

٧٩٨- الإثراء : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التي يقلمها المدعى لإثبات ركن الإثراء ، ما صح عندها من ذلك وما لم يصح . أما التكييف القانوني لما صح عندها وقوعه ، وهل هو يعتبر إثراء ، وهل هذا الإثراء إلزامي أو سلبى ، مباشر أو غير مباشر ، مادي أو معنوي ، وهل يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى أو أن ذلك

غير واجب ، فكل هذا من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة التقض . وتقدير مدى الإثراء وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع فيه القول الأخير لا تعب عليه محكمة التقض .

٧٩٩- الافتقار : ولا رقابة لمحكمة التقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الافتقار . ولكن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية المرجح الأخير فيه إلى محكمة التقض . ويخضع لرقابتها اعتبار ماصح عند محكمة الموضوع من الوقائع افتقاراً ، وهل هو افتقار إيجابي أو سلبي ، مباشر أو غير مباشر ، مادي أو معنوي . ووجوب قيام السببية المباشرة ما بين الإثراء والافتقار هو من مسائل القانون ، أما قيامها فضلاً في حالة بالذات فمسألة واقع ينظر فيها إلى كل حالة على حدة ، وتقدر بملايساتها وظروفها كما سبق القول . وتقدير مدى الافتقار وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع كما في تقدير مدى الإثراء وتقويمه بالمال .

٨٠٠- انصرام السبب : ويعتبر من مسائل القانون - ومن مسائله الدقيقة - تحديد معنى السبب ومعنى يكون القانون أو العقد سبباً قانونياً للإثراء . كذلك القول بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى احتياطية هو من مسائل القانون .

ويمكن القول بوجه عام - هناكما في المسئولية التقصيرية - أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة لدعوى الإثراء لا تعب عليه محكمة التقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع ، ويخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فإنه يعتبر من المسائل القانونية التي تكون فيه محكمة التقض هي المرجع الأعلى .

ب - الآثار التي تترتب على الحكم :

٨٠١- الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض : الحكم في دعوى الإثراء ، كالحكم في دعوى المسئولية التقصيرية ، ليس هو مصدر حق المتضرر في التعويض ، ولكنه يقوم هذا الحق ويقويه . فالحكم ليس إلا مقررأ هذا الحق ، لا منشأ له . وحق المتضرر في التعويض إنما نشأ من واقعة مادية ،

هي واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانوني. ومجرد أن يتحقق سبب الالتزام يترتب الالتزام في ذمة المدين . ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية :

(١) تحديد مدى التزام المثرى - أى تحديد قيمة الإثراء وقيمة الافتقار لإعطاء المفتر أقل القيمتين - تكون العبرة فيه في الأصل بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صدور الحكم . وهذا هو ما قرره في تحديد قيمة الإثراء . أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجعلنا ننظر في تعديلها إلى وقت صدور الحكم ، وسنبين ذلك فيما على .

(٢) لما كان حق المفتر ينشأ من وقت وقوع الإثراء لا من وقت صدور الحكم ولا من وقت رفع الدعوى ، فإن له أن يتقاضى إلى جانب حقه في التعويض الأصلي تعويضاً عن التأخير . ولكن هذا الحق في التعويض عن التأخير يتوقف على الإعذار (١) ، لأن المادة ٢١٨ تقضى بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين (٢) .

(٣) يجوز للمفتر - وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء - أن يصرف في هذا الحق دون انتظار الحكم بل وقبل رفع الدعوى . فله منذ ثبوت حقه أن يحوله إلى الغير ، ولذا إن المفتر أن يوقع حجزاً على هذا الحق تحت يد المثرى ، كما أن للمفتر أن يوقع حجزاً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه . وإذا أفلس المثرى بعد وقوع الإثراء وقبل صدور الحكم دخل المفتر في التفضيلة مع سائر الدائنين .

(٤) يسرى التقادم - ومدته ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما قلنا - منذ وقوع الإثراء وعلم المفتر به وبالمثرى أو منذ وقوع الإثراء

(١) وهنا بخلاف الوكالة (م ٧١٠) والفضالة (م ١٩٥) ، فوكيل والفضول يتطابقان التوقيت من وقت الإثراء .

(٢) وليست حالة الإثراء من الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار (أنظر م ٢٢٠) . فيجب إذن أن يضر المفتر المثرى وأن يطالبه في الإعذار بصيغ من التأخير . ويجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من التأخير لأن الضرر شرط التعويض . ولا عمل هنا لتطبيق النص المجلس يصر القائمة (م ٢٢٦) ولا لتطبيق النص الخامس بعدم اشتراط إثبات الضرر (م ٢٢٨) لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان عمل الالتزام مبتدئاً من العقود ملوم المتأخر وقت الطلب (م ٢٢٦) . أنظر في هذا الموضوع فرانسوا جوريه ص ٣١٤ .

على حسب الأحوال ، لأن الحق في التعويض قد وجد . ولا يتأخر سريان التظلم إلى وقت صدور الحكم . بل إن صدور الحكم من شأنه أن يقيم تقادماً من نوع جديد محل التظلم القديم على ما سنرى .

٨٠٢- الحكم بقوم الحق في التعويضه ويقويه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض ، إلا أنه هو الذي يقوم هذا الحق ، ويقلب أن يقومه بمبلغ معين من النقود .

والحكم لا يقتصر على تقويم الحق ، بل هو يقويه أيضاً كما رأينا في الحكم الصادر في المسؤولية التصديرية . فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتظلم إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٣٨٥ قرة ٢) . وفي أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يحيز المفتر أن يحصل على حق اختصاص بمقاربات مدينه ضماًناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥) ، كما يحيز له أن ينفذ على أموال المدين بجميع الطرق التي عينها القانون لتنفيذ .

المبحث الثاني

الجزء أو التعويض

٨٠٣- التعويضه هو أقل قيمتي الافتقار والضرر : رأينا أن المادة ١٧٩ تنص على أن المثرى دون سبب قانوني على حساب شخص آخر ويلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويقع هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فبا بعده . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع ، القهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتر به ولكن بقدر ما أثرى . فهو يلتزم برد أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتر به الدائن » (١) .

فالتعويض إذن هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء . ولا يمكن أن يكون إلا ذلك . فإن المثرى قد أثرى على حساب المفتر . فالتعويض لا يجوز من

جهة أن يزيد على خسارة المفتر حتى لو كان إثراء المرى يزيد على هذه الخسارة ، لأن المفتر لا يحق له أن يتقاضى تعويضاً يزيد على خسارته ، ولا لكان هو بدوره مثيراً على حساب المرى دون سبب . ولا يجوز أن يزيد التعويض من جهة أخرى على إثراء المرى حتى لو كانت خسارة المفتر تزيد على هذا الإثراء ، لأننا لا نحاسب المرى على خطأ ارتكبه فلزمه تعويض الخسارة كاملة ، وإنما نحاسبه على ما وقع في يده من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه ، ولو أنه رد أكثر مما كسب لكان هو بدوره مفترراً لمصلحة المفتر دون سبب (١).

ونستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) كيف يقلر الإثراء. (٢) كيف يقلر الافتقار. (٣) ما يقترن به التعويض—وهو أقل هاتين القيمتين—من ضمانات.

(١) أما في استرداد ما دفع دون حق وفي الفضاة فإن التعويض لا يقتصر على أقل القيمتين لأن المفتر في هاتين الحالتين أجدر بالراحة من المفتر في دعوى الإثراء بلا سبب . وتلاحظ في هذه المناسبة أن الحالات التي طبقت فيها قاعدة الإثراء بلا سبب تطبيقاً تشريعياً—ونخص منها حالة البناء في أرض الغير (١٩٢٤م—١٩٢٥م) وحالة المصروفات الخاصة (م ٩٨٠ فقرة ثانية)—الزمام المبرع فيها أن يكون التعويض هو أقل القيمتين إذا كان المفتر حسن النية . طالباً في أرض الغير بحسن نية إذا ترك البناء في الأرض فإن صاحب الأرض مخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هي قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (وهذه هي قيمة الإثراء) . وكذلك الحال فيمن أهدى مصروفات خاصة في ملك الغير بحسن نية . أما إذا بنى الشئ في الغار المشفوع وهو حسن النية (أي قبل إعلان الرغبة في الشئ) كان الشئ مزمناً تبعاً لا يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أهداه (وهذه هي قيمة الافتقار) أو مقدار ما زاد في قيمة الغار بسبب البناء أو التراس (وهذه هي قيمة الإثراء) ، ولا كان المشتري هنا هو الذي يختار فهو سيختار طبعاً أعلى قيمتي الافتقار والإثراء ، وفي هذا خروج على القاعدة . أضف إلى ذلك أن المفتر إذا كان سيء النية في حالة البناء في أرض الغير وفي حالة المصروفات الخاصة وفي حالة الشئ إذا بنى بعد إعلان الرغبة في الشئ ، فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسري على التزام المرى بالتعويض ، فإنه يدفع في الحالتين الأولتين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض ، وفي الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل . ومن ثم نرى أن هذه التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء على حساب الغير لم تترم حدود القاعدة . وقد قلنا أن التصوص التشريعية التي وردت في هذه الحالات هي التي يجب تطبيقها ولو خالت القاعدة العامة . وفي هذا ترى قصور قاعدة الإثراء عن أن تشمل تطبيقها المتنوع ، فهي لا تزال سائرة في طريق التطور .

١٤ - كيف يقدر الإثراء

٨٠٤ - **اعتبارات تراعى في تقرير الإثراء:** يراعى في تقويم الإثراء أن يكون تقديره وقت وقوعه كما قلنا لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم مع مراعاة ما سبقت الإشارة إليه من إضافة تعويض عن التأخير على النحو الذى فصلناه .

ويراعى كذلك أن يخصم من قيمة الإثراء ما عسى أن يكون المثرى قد تكلفه من مصروفات لجلب هذا الإثراء لنفسه .

ويراعى أخيراً في التقدير ألا فرق بين أن يكون المثرى حسن النية أو سيئها ، فالإثراء المثرى لا شأن له بنية وإعاقبهم هذا الالتزام على واقعة الإثراء فى ذاتها . ونستعرض لتطبيق هذه المبادئ حالتين : (١) حالة ما إذا كان الإثراء ملكية وانتقلت إلى ذمة المثرى . (٢) وحالة ما إذا كان منفعة أو خدمة أو عملاً أو إثراء سلبياً .

١ - الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى :

٨٠٥ - قد يكون الإثراء قدماً دخل فى ذمة المثرى أو تحصيلات استحدها المفترض فى مال المثرى .

٨٠٦ - **هل يجوز أن يكون الإثراء عيناً تبقى فى ملكية المفترض؟** أما أن يكون الإثراء عيناً معينة بالذات تبقى على ملك المفترض ولا تدخل فى ملك المثرى - كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء (١) - فلا نرى أن تكون حالة من حالات الإثراء ، إذ العين لم تدخل فى ملك المثرى ولم تخرج من ملك المفترض ، فليس هناك إثراء ولا انقضاء . بل هى عين مملوكة لشخص انتقلت إلى حيازة شخص آخر ، وللمالك أن يسردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب (٢) .

(١) أنظر فرانسوا جوريه ص ٣١٤ ومارفان ص ١٥٠ .

(٢) ونحن نؤثر هذا التكيف على القول بأن هناك إثراء وانقضاء ولكن دعوى الإثراء تجبها دعوى الاستحقاق ، فعلى لا نقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء (أنظر من أصل الرأى الذى تقدمه فرانسوا جوريه ص ٣١٥ - ص ٣١٦) .

٨٠٧- الأثراء تغدو دخل في ذمة المئري: إذا كان الإثراء نقداً دخل في

ذمة المئري ، كما إذا استولى هذا على مبلغ من النقود مملوك للمفتقر سواء كان كان في هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها ، فإن قيمة الإثراء هو مبلغ هذا النقد ، وينظر فيه إلى قدره المبدى أو ترفع سعر النقد أو انخفض . أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ما دام مبلغ النقد المطلوب استرداده بدعوى الإثراء معلوم المقدار وقت الطلب (١) . ويلاحظ أن المئري إذا كان غير كامل الأهلية فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ما أضاعه من هذا النقد في غير منفعة .

٨٠٨- الأثرء تحسينات استثمرتها المفتقر في مال المئري: تقدر قيمة

هذه التحسينات بما زاد في مال المئري بسببها وقت الاستحداث ، لا بما أنفقته المفتقر في استحداثها لأن هذه هي قيمة الإقتضار لا قيمة الإثراء . مثل ذلك أعمال الترميمات (٢) وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال (٣) وبناء طبقات جديدة (٤) .

ب - الإثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء ساجي :

٨٠٩- الأثرء ومنفعة: قد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المئري

كما لو سكن منزلاً دون عقد إيجار (٥) ، وكما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خفية (٦) . فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل أو

-
- (١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ٣٤٥ -
محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جلزيت ٧ م ٩٠ .
(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ٣١٥ .
(٣) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ٣٤٥ .
(٤) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩١٥ جلزيت ٥ م ١٥٦ - ويفترط أن تكون التحسينات ضرورية أو نافعة ولا يكفي أن تكون كالية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ م ١٢٢) ، وأن تكون الصروفات أخفت على البين مباشرة (محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جلزيت ٧ رقم ٩٠ م ٢٦٥) .
(٥) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ٣٣٨ .
(٦) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٧٠ - هنا وقد يتبر النور ولله منة تستخلص من الأسلاك والمواسير، والأولى أن يتبراً ملائماً بانه استهلك للمئري -

بشمن النور والماء وفقاً للسعر الذى حددته شركة النور أو شركة الماء . ولا عبء
بأن يكون المثرى حسن النية أو سيها ، ولا بأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع
الدعوى (١) .

٨١٠ - **الدواء ضرراً أو عملاً** : وقد يكون الإثراء خلسة أو عملاً قلمه
المقتصر على المثرى . مثل ذلك النسابة الذى يكشف عن إرث خفي ، والموظف
التي الذى يجد اختراعاً يفيد منه رب العمل ، والسمسار الذى يقرب ما بين
البائع والمشتري ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته . والمهندس الذى
يضع تصميماً ينفع به رب العمل . ففي كل هذه الأحوال تقوم الفائدة التي
عادت على المثرى من وراء هذه الخلسة أو هذا العمل . فالنسابة جعل الوارث
يرى بقدر الإرث لو تبين من الظروف أن الوارث ما كان يستطيع وحده
أن يكشفه . ورب العمل يرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف
التي . وكل من البائع والمشتري يرى بقدر ما عادت عليه الصفقة من فائدة .
ورب العمل الذى انتفع من تصميم المهندس يرى بقدر ما كان يدفع للمهندس
من أجر على عمله . ولا ضرورة في كل هذه الأحوال لأن يكون الإثراء
قائماً وقت رفع الدعوى .

٨١١ - **الدواء سلباً** : وقد يكون الإثراء سلباً ، كما لو دفع شخص
دينياً على آخر ، أو قدم النفقة لزوجة تجب لها النفقة على زوجها ، أو أتلّف
متاعاً له لينقذ منزل جاره من الحريق . ففي هذه الأحوال يكون المدين قد
أثرى بقدر الدين الذى دفعه عنه المقتصر ، والزوج بقدر النفقة التي كانت
واجبة عليه ، والجار بقدر ما أوشك من ماله أن يحترق (٢) . ولا عبء هنا
= فضل في ذمته ، فيكون مثل النور ولواء مثل الإثراء لا عن طريق منفعة استهلكك بل عن
طريق ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى .

(١) وفي هذه الأمثلة التي قدمناها على الإثراء عن طريق النفقة ترى أن الإثراء لا يكون
بالضرورة قائماً وقت رفع الدعوى لأن النفقة قد استهلكك قبل ذلك .
(٢) وقد وضعت محكمة الصورة الجزئية المتخلطة في هذا المعنى بأن لها أن هي حيز على
مال مدينه يجوز له أن يطالب بدعوى الإثراء أجنبياً انتفع من بيع هذه الأموال المحبوزة يوماً
إدارياً لوفاء بضريبة كانت في ذمته . ثم أضافت المحكمة أن دعوى الإثراء لا يبقى لها محل إذا
كان هذا الأجنبي قد خصم مبلغاً يساوى للبلغ الذى انتفع به في سداد الضريبة من دين له فخصم
شخص كان يعتقد أن الأموال المحبوزة مملوكة له (محكمة للصورة الجزئية المتخلطة) ١٧ أغسطس
سنة ١٩٢٥ جازمت ١٥ رقم ١٩٩ من ٣١٧ .

أيضاً بقيام الإثراء وقت رفع الدعوى .

٢٤ - كيف يقدر الافتقار

١ - تقدير مدى الافتقار :

٨١٢ - ويقدر مدى الافتقار على النحو الذى يقدر به مدى الإثراء .
فإذا كان الافتقار نقداً ، فإن مدى الافتقار هو عين مدى الإثراء ، ذلك أن مقدار النقد الذى دخل فى ذمة المُرَى هو عين مقدار النقد الذى خرج من مال المقتصر . ويكون التعويض هو هذا المبلغ وقوائمه على النحو الذى يبناه عند ما يكون الإثراء نقداً دخل فى ذمة المُرَى .

وإذا كان الافتقار تحصيلات استحقها المقتصر ، قدر مداه بما اتفقه المقتصر فى استحقاقها ، ويعطى أقل القيمتين : ما اتفقه فى استحداث التحصيلات وهذا هو مدى الافتقار ، وما زاد فى مال المُرَى بسبب هذه التحصيلات وهذا هو مدنى الإثراء .

وإذا كان الافتقار منفعة استهلكها المُرَى ، فيغلب أن يكون للافتقار والإثراء مدنى واحد هو أجر هذه المنفعة ، فيعطى المقتصر قيمة هذا الأجر تعويضاً .

وإذا كان الافتقار خخدمة أو عملاً أداه المقتصر للمُرَى ، فإن كان المقتصر معترفاً كالخامى وانوطف الفنى والسمسار قدر افتقاره بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن معترفاً فإن افتقاره يقدر بما تجشمه من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل .

ويلاحظ فى كل ما قلناه أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء ، وأن يكون الافتقار لا مقابل له ، فإن كان له مقابل بأن يكون المقتصر قد جاب منفعة لنفسه من وراء هذا الافتقار فإن دعوى الإثراء لا تقوم . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ب - وقت تقدير الافتقار :

٨١٣ - متى أمر هام هو الوقت الذى يقدر فيه الافتقار . ويجب القول هنا أن الافتقار لا يقدر وقت تحققه كما هو الأمر فى تقدير الإثراء ، ولا وقت

رفع الدعوى ، بل وقت صدور الحكم . ذلك أن الافتقار في دعوى الإثراء يقابل الضرر في دعوى المسؤولية التصهيرية . وقد رأينا في المسؤولية التصهيرية أن الضرر إذا كان قد تغير منذ وقوعه فاشتد أو خف ، فإن العبرة في تقديره تكون يوم صدور الحكم .

وحتى تقارب ما بين الافتقار في دعوى الإثراء والضرر في دعوى المسؤولية التصهيرية من حيث تقدير كل منهما وقت صدور الحكم نفرض أن المفترق وهو ينقذ منزل جاره من الحريق أصيب بحروق هي مدى افتقاره ويراد وقوعها . فإن كانت الإصابة قد اشتدت واتقلت إلى عاهة مستديمة وقت صدور الحكم فلا شك في أن القاضى يدخل ذلك في حسابه عند تقدير الافتقار . كذلك لو خفت الإصابة وأصبحت أقل خطراً حسب القاضى مدى الافتقار مراعيماً ما طرأ على الإصابة من تحسن . وهذا هو عين ما قلناه في تقدير الضرر في دعوى المسؤولية التصهيرية .

ويمكن تبليط هذا الفرق في الوقت الذى يقدر فيه الافتقار والوقت الذى يقدر فيه الإثراء بالاعتبار الآتى :

أن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره تقديراً نهائياً وقت وقوعه ، فهو يدخل في مال المثرى ويصبح جزءاً منه فيتحدد بذلك مقلده . ولذلك تكون العبرة في تقديره بوقت تحققه . والمثرى ، وقد أصبح مالكا له ، يتحمل غرمه ويكسب غنمه ، في قصه أو في زيادته . أما الافتقار فكالضرر لا تسمح طبيعته بأن يقدر تقديراً نهائياً إلا وقت صدور الحكم . ذلك لأنه يخرج من مال المفترق على وجه غير محقق . ولا يستطيع أن يعرف على وجه التحقيق مقدار ما خرج من مال المفترق مادام الافتقار قابلاً للتغير إلا في الوقت الذى يتقطع فيه تغيره ويصبح قيمة ثابتة . وآخر وقت ممكن لذلك هو وقت صدور الحكم . وحتى بعد صدور الحكم قد يبقى الافتقار قابلاً للتغير ، ولكن قوة الشيء القضى هي التى تجعل تقدير الافتقار نهائياً لا تجوز مراجعته .

٣٤ - ما يقترن بالتعويض من ضمانات

٨١٤ - التعويض دين شخصي لا امتياز له : إذا حدد التعويض الواجب للمفقر ، وهو أقل قيمة الإثراء والافتقار ، كان هذا ديناً له في ذمة المثرى . وهو دين شخصي لا امتياز له ، لأن الامتياز لا يثبت إلا بنص في القانون . فيتحمل المفقر في مال المثرى مزاحمة سائر الدائنين حتى في القيمة التي زادت في مال المثرى بسبب افتقار المفقر .

٨١٥ - الحق في الحبس : وقد ثبت في بعض الأحوال للمفقر الحق في حبس مال المثرى حتى يستوفى حقه من التعويض ، وذلك إذا كانت قيمة الإثراء التي أحدثها موضوعه في حيازته ، فله الحق في حبسها حتى يستوفى التعويض الذي له عند المثرى تطبيقاً لنص المادة ٢٤٦ . مثل ذلك أن يستحدث المفقر تحصيلات في أرض المثرى ، فله أن يحبس الأرض حتى يستوفى حقه في التعويض .

الفصل الثاني

دفع غير المستحق - الفضالة

٨١٦ - صورته متميزته من صور الإثراء بسبب : الإثراء بلا سبب صورتان متميزتان عن سائر صورهما دفع غير المستحق والفضالة . أما أن دفع غير المستحق هو صورة متميزة من صور الإثراء فلأن المفقر هنا يدفع ديناً ليس واجباً عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه ، فيرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء في صورتها العادية ، أو يرجع على الدائن الذي دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هي الصورة المتميزة لدعوى الإثراء . ذلك أن الدائن الذي استوفى حقه قد أثرى بسبب قانوني هو الوفاء . ولما كان المفقر قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يطل الوفاء للغلط ، فيزول السبب القانوني للإثراء ، ويصبح إثراء الدائن دون سبب ، فيسرد المفقر منه ماله . ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب ، ثم انتهى إلى

أن يكون بغير سبب (١) .

وأما أن الفضالة هي أيضاً صورة متميزة من صور الإثراء ، فذلك أن الفضولي وهو يفتر ليثرى غيره قد فعل ذلك متفضلاً عن عمد ، فكان أحق بالرعاية من المفتر الذي لا يعتمد هذا التفضل . ولهذا كانت حقوق الفضولي قبل الثرى وهو رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتر في دعوى الإثراء .
وتكلم الآن في كل من هاتين الصورتين .

الفرع الأول

دفع غير المستحق (*)

(Paiement de l'indû)

٨١٧ — قلنا أن دفع غير المستحق يترتب للدافع و ذمة المدفوع له التزاماً برده ما أخذ دون حق . وتتناول هذا الالتزام في أركانه ثم في أحكامه .

المبحث الأول

أركان دفع غير المستحق

٨١٨ — **التعويض القانوني** : نصت المادة ١٨١ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

١٥ — كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده .

(١) أقر محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ الجمعية الرسمية ٣٠ رقم ١/١٤٠ ص ٣٤٠ — المجلد ٩ رقم ٥٣٥ ص ٩٨٩ . وطعن محكمة الاستئناف المخطئة في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢٣ .

(*) **الترابيح** : هي حلتس الجزم الثاني — Paiement — Exécution — هاتون الجزم الأول —

والتون الجزم الثاني — الدكتور عبد السلام ذقن في الالتزامات — الدكتور محمد وهبة في الالتزامات — الدكتور محمد صالح في أصول التصديقات — اللوجيز في الالتزامات للوئلف — الدكتور حشمت أبو سبت في نظرية الالتزام — بلاتول وريير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — أوربى ورو الطبعة الخامسة الجزء السادس — بلاتول وريير وولانجيه الجزء الثاني — كولان وكايطن الجزء الثاني — جوسران الجزء الثاني .

٢ - على أنه لا عمل لرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء . ونصت المادة ١٨٢ على ما يأتي :

«يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ونصت المادة ١٨٣ على ما يأتي :

١٥ - يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » .

٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله تقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائلتها بسعرها القانوني أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل (١) ،

(١) تلخيص النصوص - ١٨١م : ورد هذا النص في المادة ٢٥٠ من المشروع التمهيدي - وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٦ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع» في آخر الفقرة الثانية ، تحت رقم ١٨٦ . ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، بعد الاستعاضة عن كلمة «التسليم» بكلمة «الوفاء» في آخر الفقرة الثانية في هذه المادة وفي المواد التالية ، وأصبح رقم المادة ١٨١ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٤٦ - ٤٤٧) .

م ١٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٢٥١ من المشروع التمهيدي - وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٧ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة «التسليم» بكلمة «الدفع» ، تحت رقم ١٨٧ - ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على أن تستبدل عبارة «إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام» بعبارة «إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام» ، وأصبح رقم المادة ١٨٢ - ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٤٨ - ٤٥٠) .

م ١٨٣ (أقل تلخيص النص فيما يلي) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في الفقرة العامة لهذه النصوص ما يأتي : «وقد فصل المشروع الأحكام المتعلقة برد غير المستحق تفصيلاً كافياً - فبين نطاق تطبيق القاعدة العامة ، وأفرد نصوصاً خاصة برد غير المستحق في أحوال الوفاء بمن لا تتوافر له الأهلية ، أو ممن يقع تحت سلطان إكراهه ، وكذلك في أحوال الوفاء بالالتزام لم يتحقق سببه ، أو زال سببه بدفعته . وجاء من ناحية أخرى حالة الرد عند الوفاء قبل حلول أجل الدين ...» (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٢٩) .

ويقابل هذه النصوص في القانون المدني القديم نص واحد هو نص المادتين ٢٠٦/١٤٥ ، ويقضى بما يأتي :

« من أخذ شيئاً غير استحقاق وجب عليه رده » .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق :

(١) الوفاء بدين غير مستحق من بادية الأمر (٢) الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق .

ونبحث كلا من هاتين الحالتين ، ثم نكيف في ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق .

المطلب الأول

حالتا دفع غير المستحق

١ - الوفاء بدين غير مستحق من بادية الأمر

٨١٩ - ركنته : تقوم هذه الحالة على ركنتين : (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به . (٢) عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال .

الركن الأول - دين غير مستحق وقت الوفاء به :

٨٢٠ - أسباب سقوطه : يصح للمدين أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مرتباً في ذمته وقت الوفاء . ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب الثلاثة الآتية : (١) الدين منقطع من الأصل (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به .

٨٢١ - (١) الدين منقطع من الأصل : يكون الدين منقطعاً من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلاً في وقت من الأوقات . مثل ذلك وارث يلفح ديناً ظن أنه على التركة ويتضح بعد ذلك ألا وجود لهذا الدين ، أو وارث يتخذ وصية لمورثه ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد علل عن الوصية قبل موته ، أو شخص أصاب الغير بضرر فظن نفسه مسئولاً فللفح التوفير ثم اتضح

بعد ذلك أن أركان المسؤولية لم تتوافر (١) .

كذلك يكون الدين منعلاً من الأصل إما بالنسبة إلى الدافع وإما بالنسبة إلى المدفوع له . فهو منعلاً بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه في ذمة غير الدافع ، فيكون الدافع قد دفع دين غير طائناً أنه يلغ دين نفسه (٢) . وهو منعلاً بالنسبة إلى المدفوع له إذا كان مترتباً في ذمة الدافع ولكن هذا دفعه لتغير الدائن .

ويكون الدين أخيراً منعلاً من الأصل إذا كان مصلره عقداً باطلاً أيًا كان سبب البطلان (٣) ، أو كان الدين ليس ديناً مدنياً (obligation civile) بل ديناً طبيعياً (obligation naturelle) لا جبر في تنفيذه (م ١٩٩ فقرة ٢) .

٨٢٢- (٢) الدين مؤمل والمستحق ولكنه لم يستحق أو لم يستحق :
وقد يكون للدين وجود ويكون مؤمل الاستحقاق ، ولكنه لم يستحق .

(١) هنا ما لم يكن المسئول قد صالح المضرور على مبلغ معين ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يسترد ، حتى لو ظهر أن أركان المسؤولية لم تتوافر . ويترتب الدين لا وجود له أصلاً إذا دفع الدين أكثر مما هو واجب عليه . فإزداد على الدين يكون غير مستحق (استئناف مخطط في ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المخططة ٨ ص ٢٤ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦٩ ص ٣١٩) . ويترتب الدين كذلك لا وجود له أصلاً إذا خلاص شريك أرباعاً لا يستحقها من الشركة (استئناف مخطط في ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٢٣٠) ، أو تخاضت مصلحة الضرائب من أحد الممولين ضريبة لا تستحقها أو أكثر مما تستحق (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المجلد ٢٤ رقم ٨١ ص ٢٠٨) .

(٢) أما إذا دفع دين غيره وهو عالم بذلك فلا يجوز له أن يسترد ما دفع ، ويكون دفعه للدين مرتباً لثمة الدين ، وله أن يرجع عليه لأعلى الفائت بدعوى الإثراء بلا سبب (استئناف مخطط في ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥) .

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمقروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذي أدله إطلاء : كما إذا كان الوارث قد وفى بدين لم يكن مورثه ملتزماً به ، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين في عقد مطلق البطلان بالوفاء بالتزامه ، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

أما إذا كان القيد قابلاً للإبطال ، فإن دفع الدين عن غلط ثم أبطل القيد استرد ما دفع ، وهذه هي إحدى صور الحالة الثانية من دفع غير المستحق وهي حالة الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق . وإذا دفع المدين الدين وهو على بينة من قابلية القيد للإبطال اعتبر الدفع إجازة للقيد ، فلا يجوز للمدين أن يسترد ما دفع .

وتقول المادة ١٨٢ في هذا الشأن إنه « يصبح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه (١) ». فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع ، سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه ، يكون دفعه دفعاً للدين لم يستحق . يستوى في ذلك كما قلنا أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أى في وقت لم يثبت فيه إذا كان الدين سيستحق ، أو بعد تخلف الشرط أى في وقت ثبت فيه أن الدين لن يستحق . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ إذا دفعه المدين فإنه يكون قد دفع ديناً مستحقاً ، وإذا تحقق الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق ، وهذه صورة من صور الحالة الثانية للدفع غير المستحق سيأتى بيانها فيما يلي .

وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق . وتقول المادة ١٨٣ في هذا الشأن إنه « يصبح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » . فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل يكون دفعه دفعاً للدين لما يستحق ، أى للدين غير مستحق وقت الوفاء .

٨٢٣ - (٣) المبرم المستحق ولكنه انقضى قبل الوفاء : وقد يكون الدين ترتب في ذمة الدافع المدفوع له ديناً صحيحاً واجب الأداء ، ولكنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ثم قام النافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه . مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاء المورث ولم يعر الوارث على المخالصة فوفى الدين مرة أخرى (٢) ، أو أن يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المبدى ما يأتي : « ... أو إذا أثبت (النافع) أن سبب الدين لم يتحقق ، كما إذا أدى مدين ديناً مطلقاً على شرط وانقضى » ثم يتحقق (أظهر التفتيش الثاني م ١٤٥ فقرة ١) . ويجوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء في خلال فترة الصلح قبل أن يعلم مصدر الشرط (أظهر المادة ١٤٣٤ من التفتيش المتساوي والمادة ٦٩٤ فقرة ٢ من التفتيش البرازيلي والمادة ٣٨٩ من المشروع) « (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٤٩) .

(٢) يظاوب هذا المعنى حكم محكمة النقض في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ .

لأو بالإبراء ووفاء الدين للدائن بالرغم من انقضائه . في جميع هذه الصور دفع الدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء ، ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى ، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق .

ب . الركن الثاني - عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يحمله قابلاً للإبطال :

٨٢٤- عمل من أعمال الوفاء: يجب على الدافع أن ثبت أن الدين غير

مستحق على النحو الذي فصلناه فيما تقدم ، وأنه قد قام بعمل من أعمال الوفاء . وليس من الضروري أن يكون قد قام بوفاء الدين وفاء مباشراً ، بل يكفي أن يكون قد أعطى مقابل الوفاء (dation en paiement) ، أو أعطى إقراراً جديداً بالدين (١) (reconnaissance de dette) أو رتب تأمناً خاصاً لضمان الوفاء ، أو قاص الدين في دين له ، أو قام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة . وأعمال الوفاء هذه على تنوعها هي تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية ، وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالينة (٢) .

(١) ومن أعمال الوفاء أن يمرر الدين لثالثه سنداً بدين ، ولا يدخل هنا السند في الحسبة النهائية ما بين الثامن والدين ، وهي الحسبة التي يستوفى فيها الثامن حقه ، فبقاء السند به بالرغم من استيفائه حقه هو مجرد استيفاء الدين مرتين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن السند الذي يحصل على سند من عميل يبلغ يذكر له سبب صوري (أشغال معلومة) ، ويجب أن السند قد حرر عن دين سمرة سبق أن استوفاه في الحسبة النهائية ، يكون قد استوفى الدين مرتين ، وقالت في هذا السند : « ولا كان من الحق أن هذا البالغ (الذي حرر به السند) لم يدخل في الحسبة النهائية بين الطرفين بخصوص أعمال السمره فيكون من حق المليون عليها الرجوع عليه بهذا البالغ حتى لا يتكرر الوفاء مرتين . ومن حيث أنه يضح من ذلك أن ما أسس عليه الحكم قضاء لم يكن واقعة لا أصل لها في الأوراق ، بل هي الوفاء التي يطبقها المليون عليها في مذكرتها شرعاً لحقيقة الحال ، وثبت المحكمة صحتها فأقرتها ، وإن كانت قد خالفت المليون عليها في التكليف القانوني لدعواها ، إذ ما يبد أن سردها الوفاء اللاحقة توهمنا أن هذه الوفاء تجعل السند سند بجملة أو مكناً أرادنا أن تصفه ، ولكن المحكمة خلت على هذه الوفاء التي انتمت بصحتها الوصف القانوني الصحيح وهو رد ما قبض بهير حق ، وألغت قضاءها على هذا الأساس ، وهو أمر لاسبيل للمعنى عليه » . (نقض في ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ في المليون رقم ٩١ السنة القضائية الثامنة عشرة وهو لم ينشر بعد) .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا السند ما يأتي : « ويحضى الصل أن يكون من واجب من يدعى أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين : أولهما -

٨٢٥- يجب يشوب الوفاء فيعمد قابول لمويعه : فإذا أقام الدافع الدليل

على أنه قام بوفاء دين غير مستحق على الوجه الذي بيناه ، فالمفروض أنه دفع عن غلط (١) وأنه لم يكن يعلم بأنه غير ملزم بالدفع . وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف . فليس مفهوماً لأول وهلة أن يدفع شخص ديناً غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق واجب الأداء ولذلك قام بوفائه . ونرى من ذلك أن الغلط ، وهو العيب الذي يشوب الوفاء عادة ، مفروض لا يكلف الدافع إثباته (٢).

== قيامه بوفاء تلقى به صفة الصرف القانوني ويخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية ، وعلى وجه الخصوص ما تلقى منها بنسب الإثبات بالكتابة أو بالينة . وقد نصت المادة ٧٩/٧٤ من القانون التونسي والمراكشي على أن الوفاء بمقابل وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين أو سند آخر يقصد به إثبات وجود التزام أو برادة القيمة منه تنزل جيباً منزلة الوفاء . وقد قصد المشروع من عموم المبرات التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة هذه الحالات وأشباهاها ، فتمثل المادة ٢٥٠ (م ١٨١ جديد) بالنس على أن كل من سلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده ، دون أن يمس صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضروب ما يحصل الوفاء به . أما الأمر الثاني فقيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقاً في ذاته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٤٩) .

(١) الغلط هنا هو الغلط الذي يجب الإرادة بشروطه المعروفة . ويستوى أن يكون غلطاً في الواقع أو غلطاً في القضاة . ولا يعتبر الغلط في نصريح ميهم ، ترددت المحاكم في تفسيره واختلقت ، سبباً لاسترداد ما دفع إذا كان الطرفان وقت الاتفاق قد اتبعا التفسير الأكثر شيوعاً لدى القضاء (استئناف مخطوط في ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦) . وكذلك الغلط في تفسير نظام شركة لا يكون سبباً لاسترداد إذا كان هذا التفسير مسلماً به من الطرفين وقت الدفع (استئناف مخطوط في ١١ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧) .

وكالغلط التدليس ، فإذا تولى المدين مع الدين ، وخدع في التوزيع ببلغ أكبر من حقه ، وتنازل الدين عن المصلحة ، قضى القاضى المبلغ الأكبر وشامل للدين الزائدة ، فإن المدينين المتأخرين في المرتبة يجوز لهم أن يرجعوا على هذا المدين ليستردوا ما أخذ دون حق (استئناف مخطوط في ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(٢) كان القضاء المصري ، في ظل القانون القديم ، يخشى بأن الدافع هو الذي يكلف إثبات أنه كان في غلط عندما دفع (استئناف مخطوط في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٢ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . ولكنه كان يتعامل في استخلاص قرائن قضائية - تحيل بداهة إثبات العكس - على أن الدافع كان في غلط . فالوفاء الحاصل من أحد أطراف الدين وهو مجهول مضمون المحكم الذي قضى بالدين وليست له وسيلة تثبت من أن ==

ولكن هذه القرينة القانونية على الغلط هي قرينة قابلة لإثبات العكس .
فيجوز للدفع له أن ينقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع
أنه لم يكن ملزماً بما دفع . فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قانونية أخرى . هي
الآن في مصلحة المدفوع له ، على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق إنما
أراد به الدافع أمراً لا يميز له استرداد ما دفع . فقد يدفع ديناً واجباً على غيره
فضالة أو تبرعاً ، فلا يرجع بدعوى غير المستحق على الدائن وإنما يرجع بدعوى
القضولى على المدين إذا كان قد دفع فضالة أو لا يرجع على أحد إذا كان
قد دفع تبرعاً . وقد يدفع ديناً طبعياً قاصداً بذلك أن يوفى هذا الالتزام ، فلا

== البلغ الذى يطالب به الدائن هو قدر الدين ، يفرض فيه أنه وقع عن غلط إذا كان القدر للدفع
يزيد على الدين (استئناف مخطوط في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ٣١٩) . والوجه
الحاصل من الدين على طريق علم يرضى بها إلا بشأن أكد له الدائن تأكيداً قطعاً أن هذه الطريقة
من وحدها الصحيحة قانوناً لا يبرر تفسيراً للقد متفقاً عليه ، بل يعتبر بأنه قد وقع عن غلط
(محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ جلزيت ١١ رقم ١٩٦ من ٢٧٣) .
كما كان القضاء يتعامل في استخلاص قرائن قضائية على أن المانع قد دفع عن بينة . فقيام
أحد الشركاء بدفع مبلغ معين على اعتبار أن هذا المبلغ هو نصيبه في الحصة يتضمن إقراره
بأنه يوقع هذه الحصة ، عليه هو ، إذا أراد استرداد ما دفع ، أن يثبت أنه دفع عن
غلط ما ليس مستحقاً عليه (استئناف مخطوط في ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ من ٧٩) —
وقد وصل القضاء المصري في النهاية إلى حد أن جعل عبء الإثبات على المدفوع له ، قضى
بأنه إذا دفع للدين الدين مدين أصبح إثبات الغلط لا تثمة منه ، لأنه إذا كانت إحدى حائتين
المدين يقوم الدفع فيها على سبب صحيح ، فالأخرى لا يقوم الدفع فيها على سبب ، ومن ثم
لا يكون إثبات الغلط ضرورياً إلا إذا نسب إلى المدين نية التبرع أو أى تصرف قانوني
آخر ، وهذا ما يجب على المدفوع له أن يثبته (استئناف مخطوط في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨
م ٥٠ من ٢٣٣ — أنظر أيضاً استئناف مخطوط في ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ من ١٣٩) .
وقد حسم القانون الجديد الأمر بأن أهم قرينة قانونية على أن دفع غير المستحق وقع عن غلط
وجعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس كما سئى .

ولكن الحاكم المصري كانت تفتنى على كل حال ، في ظل القانون القديم ، بأن دفع غير
المتعلق لا يجوز فيه الاسترداد إلا إذا وقع عن غلط (استئناف مخطوط في ٩ مايو سنة ١٨٩٥
م ٧ من ٢٦٦ — وفي ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ من ٣٥١ — وفي ٢١ ديسمبر
سنة ١٨٩٦ م ٩ من ٧٩ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ٥٠ — وفي ٢٨ فبراير
سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٢٥٣ — وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ٣١٩) .
هنا ويلاحظ أنه إذا اشترط في الدافع أن يكون قد دفع عن غلط حتى يجوز له أن يسترد
ما دفع ، فليس من الضروري أن يكون المدفوع له قد قبض غير المتعلق عن غلط ، فقد يكون
سواءً التي كما يكون حسن النية ، وفي الحالين يرد ما أخذ دون حق على تمصيل سنخس
له فيما على .

يسرد ما أداه باختياره (م ٢٠١) . وقد يريد بالدفع أن يميز حقناً قابلاً للإبطال ، فيقلب القصد صحيحاً ويكون الدفع تنفيذاً له . وقد يدفع ديناً مؤجلاً قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك لأنه أراد أن يجعل الوفاء متازلاً عن الأجل ، فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يرجع بشيء على المدفوع له (١) . وهذه القرينة القانونية الثانية التي تقوم لمصلحة المدفوع له هي أيضاً قرينة قابلة لإثبات العكس . ويستطيع الدافع أن يتقضا بأن يثبت أحد أمرين :

(أولاً) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع : وعند ذلك يستطيع أن يعطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسرد ما دفع ، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذي دفعه لم يكن مرتباً في ذمته (٢) .

(ثانياً) أنه قد أكره على الوفاء . مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل ، ولما طُوبى به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة ، فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية التنفيذ على ماله ، ثم عثر بعد ذلك على المخالصة ، ففي هذه الحالة يستطيع أن يسرد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق (٣) . ومثل ذلك أيضاً أن يكون قد سدد ما عليه من الضرائب ، ثم

(١) أما إذا كان قد دفع ديناً غير موجود أصلاً وهو على بينة من الأمر — كما إذا دفع وصية عمل عنها للموصى أو ديناً مطلقاً على شرط واقف بعد تخلف الشرط أو حبة بلغة لأنها لم تخرج في ورقة رسمية — فقد يريد بذلك أن يجبر للمدفع له بما دفع مستحقاً أن هذا واجب أدبي قد ترتب في ذمته ، بل قد يكون هذا الواجب قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي فلا يسرد ما أداه من ذلك باختياره .

وقد يكون الدين الذي أداه مصدره عقد باطل لسبب يرجع إلى النظام العام أو الآداب وهو عالم بالباطل ، كما إذا دفع دين قمار أو فوائد ربوية ، فيستطيع في هذه الحالة أن يسرد ما دفع بالرغم من علمه بالباطل ، لأن هذا الحل هو الذي يتخذه النظام العام والآداب (أنظر م ٢٢٧ ققرة ١ وهي تجيز استرداد الفوائد الربوية وم ٢٣٩ ققرة ٢ وهي تجيز استرداد دين المغارة والرحان) .

(٢) أما إذا دفع ناقص الأهلية ديناً مرتباً في ذمته ، فإن الدفع يكون صحيحاً مرتباً للذمة لذا لم يلحق به ضرراً ، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٥ على هذا المسك صراحة إذ تقول : « ومع ذلك فوفاء بالقرينة المستحق ممن ليس أهلاً لتصرف فيه يقتضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالقرينة » .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا سدد حكم في مخالفة ، وخفته النجاسة العامة بتنفيذ أعمال محكوم بها على صاحب المحكوم عليه ، فإن هذا الأخير يجوز له ، بعد أن يدفع للمرووفات المطالبة منه ، أن يسرد ما دفع دون حق إذا هو أثبت أن ما دفعه يزيد على =

طوب بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على ماله ، فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق ، فيجوز له في هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرهاً على الدفع (١) .

— الأجرة للتدخل في الأعمال ، وبخاصة إذا كان قد طلب من الإدارة قبل ذلك بإحاطة وتأمين الأعمال المطلوبة ليتفهم بنفسه ظم ترد عليه الإدارة (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥٠ ص ٣٧٥ — أنظر أيضاً استئناف مخطوط ١٠ أبريل سنة ١٨٧٩ الجمعية الرسمية للحاكم المختطة ٤ ص ٢٥٢ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦٦ ص ٧٣ — وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — وفي ١٧ يولية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٩) .

وسم ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه «لذا ادعى مدعى أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإزالة هذا الدين ، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه الدين من التناقص من الدين بالرواء ، ولا عنه أنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالفة ، فليس لهذا الدين بعد ذلك أن يدعى برأءة فته بدعى جديفة بناء على مخالفة يهدى به ذلك» (نقض في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) . وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض إن عدم التناقص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الشيء القضى فلا يجوز الرجوع به ذلك لماثلة منه للأحكام . على أن محكمة الاستئناف المختطة تهذب الدفع بقوة الشيء القضى لذا ثبت لها أن الدفع له قد حصل على غير المستحق من طريق التناقص (استئناف مخطوط ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير في الطرق الزراعية عن طريق تهديدها بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركبتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة يميل للشركة الحق في أن تسترد ما دفعت دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٨ — أنظر أيضاً استئناف مخطوط ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠٧ ص ٢٠٧) .

هذا وقد ورد في للذكر الإيضاحية للمفروض التهديد في هذا الصدد ما يأتي : «لذا أهم للدعي هذا الدليل (على أنه وفي دينا غير مستحق) فيفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع . وقد نص القنين الأساسي على ذلك صراحة ، قرر في اللادة ١٩٠١ أنه يفرض المخطأ في الرواء إذا سلم المالم يستحق أصلاً أو ماسبق أدائه . ويضيف النص إلى ذلك : ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لأى سبب مفروض آخر . والواقع أن من قلم ما يدعى بعدم استحقاقه له لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة المخطأ في الرواء . فلذا أثبت أن الرواء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن يئس من اللوق . يفرض أنه أوفى على سبيل التبرع ، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أوفى ما أده تحت سلطان إكراه : كما إذا كان قد فقد المالصة وأكره بنك على الرواء مرة أخرى .» (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٤٩ — م ٤٥٠) .

٢٤- الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

٨٢٦- كثره: تختطف هذه الحالة عن الحالة التي سبقتها في أن الدين الذي دفع في الحالة السابقة لم يكن مستحقاً في ذمة الدافع وقد وفاء هذا عن غلط أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية ، أما الدين الذي وفاء الدافع في الحالة التي نحن بصدددها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وتقوم هذه الحالة هي الأخرى على ركنين : (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به .
١ . الركن الأول - وفاء صحيح بدين مستحق الأداء :

٨٢٧- هذا هو عكس ماقررناه في الحالة السابقة ، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء ، أما هنا فتحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . ومثل الدين المستحق الأداء أن يكون ديناً واجباً بقصد مطلق على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو قابل للإبطال . فإدام الشرط الفاسخ لم يتحقق ، وما دام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله ، فإن الالتزام الناشئ من العقد يكون ديناً مستحق الأداء ، ويلزم المدين بالوفاء به .
وسواء وفي المدين الدين اختياراً أو إجباراً فإن وفاقه صحيح ، ولا يشوب الوفاء هنا مايشوبه في الحالة السابقة من عيب ، إذ الدين صحيح وواجب الأداء ، والوفاء به أيضاً وفاء صحيح مبريء للذمة .
ب . الركن الثاني - زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به :

٨٢٨- وما دام الدين صحيحاً واجب الأداء ، وقد وفي به المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، فقد انقضى الدين ، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه . ولكن الذي يحدث في هذه الحالة ، فيفتح السبيل إلى الاسترداد ، هو أن السبب الذي كان مصدره لهذا الدين يزول : يتحقق الشرط الفاسخ الذي كان الالتزام معلقاً عليه ، أو يفسخ العقد الذي كان قابلاً للفسخ ، أو يطل العقد الذي كان قابلاً للإبطال . ففي هذه الصور جميعاً يتبين أن الدين الذي وفي به المدين ، ولو أنه كان ديناً مستحق الأداء وقت الوفاء به ، قد زال سببه فأصبح غير مستحق ، ويتبين تبعاً لذلك أن المدين قد وفي ديناً غير مستحق

فيجوز له اسرده (١).

وتورد أمثلة على ما قلناه :

شخص يشتري عبثاً تحت شرط فاسخ ، ويدفع الثمن ، ثم يتحقق الشرط .
هنا يزول باقضاء البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويكون له أن يسرد الثمن
من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق .
مشتري يدفع ثمن ما اشتراه ، ولكن المبيع يستحق في يده ، فيفسخ البيع .
هنا أيضاً يزول بفسخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويسرد من البائع
ما دفع . وكثيراً ما يتحقق هذا القرض في الصورة العملية الآتية : عقار
مرهون يباع جبراً على المدين ، ويدفع من رسا عليه المزايد الثمن للدائنين
المرتهنين وفاء لحقوقهم ، ثم يستحق العقار في يد الراسي عليه المزايد وينزعه
منه المالك الحقيقي . لا شك في أن الراسي عليه المزايد في هذه الحالة يستطيع
الرجوع على مدينه - وهو البائع - بضمان الاستحقاق . ولكن ألا يجوز له
الرجوع على الدائنين المرتهنين أنفسهم فيسرد منهم ما دفعه لهم بدعوى استرداد
المدفوع بغير حق ؟ تردد القضاء الفرنسي في ذلك ، ثم استقر على جواز
الرجوع على الدائنين المرتهنين (٢) . ويمكن توجيه هذا القضاء على اعتبار أن
البيع في المزايد قد انفسخ باستحقاق المبيع ، فأصبح الراسي عليه المزايد غير
مدين بالثمن ، ويكون قد دفع للدائنين ما هو غير مستحق عليه وقت أن
وقاهم ديونهم ، فيرجع عليهم بما دفع . ويتبين من ذلك أن الراسي عليه المزايد
يكون في هذه الحالة غير آيين الرجوع بضمان الاستحقاق على المدين أو الرجوع

(١) وإذا كان لا بد من القول في هذه الحالة بأن هناك غلطاً في جانب الدافع وهو يدفع
الدين ، فمن الممكن القول بذلك على الاعتبار الآتي : أن الدافع وقت أن دفع الدين المطلق على
شرط فاسخ أو الدين الواجب بقدر قابل للقسخ أو قابل للأبطال لم يكن يعلم أن الشرط الفاسخ
سيحقق أو أن القدر قابل للقسخ أو للأبطال . ويترب على ذلك أنه لو دفع ديناً مطلقاً على
شرط فاسخ وهو يعلم أن الشرط قد تحقق ، أو ديناً واجباً بقدر قابل للقسخ وهو عالم بقيام سبب
القسخ ، حل ذلك منه على أنه يخ بالترام طبعاً أو على أنه تبرع . وإذا دفع ديناً واجباً بقدر
قابل للأبطال وهو يعلم ذلك اعتبر دفعه لدين إجتره للقدر .

(٢) محكمة استئناف ليون في ١٥ ديسمبر سنة ١٨٤١ سيرة ١٨٤٢ - ٢ - ١٦٨ -
محكمة استئناف بروم في ٢٨ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٦ - ٢ - ١٣٦ - محكمة
استئناف الجزائر في ٢ يناير سنة ١٨٨٣ سيرة ١٨٨٤ - ٢ - ١٧ .

بإسترداد المدفوع بغير حق على الدائتين (١) . وهنا هو أيضاً ما جرى عليه القضاء في مصر (٢) .

قاصر اشترى منزلاً ودفع ثمنه للبائع . العقد هنا قابل للإبطال . فإذا أبطله القاصر زال سبب التزامه بدفع الثمن ، وكان له هنا أيضاً أن يسترد ما دفع .

المطلب الثاني

تكيف الالتزام يرد ما أخذ دون حق

٨٢٩- تحليل مالي دفع غير المستحق ورد له مالي فاعادة له بموجب:

قلنا أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب .

(١) أنظر في هذا المعنى لاروسير م ١٣٧٧قرة ١٧- ديغولوب ٣١قرة ٣٠٦-
بانيول ورييه وبولانجي ٢قرة ١٢٣٧- ديوج ٣قرة ٩٥ .

(٢) استئناف مخط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٧ ص ٢٨ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٠ (وفي هذه القضية كان النافق حائزاً للعقل ووفى العائن للرتين . ثم تزعت ملكية العطار فرسا عليه الزاد ، فيكون قد وفى العائن للرتين ووفى له الرجوع عليه بدعوى غير المستحق) . وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٨ .

وغير من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المخطلة من أنه إذا كان للمدينون أخوة ثلاثة ، ووقع خطأ في قاعمة التوزيع النهائية فلم يذكر إلا إثنان منهم ، ولم يدرج إلا دائتو هذين الاثنين فاستولوا على جميع الثمن ، كان على هؤلاء الاثنين أن يردوا تلك ما استولوا عليه لثاني الأخ الثالث (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا دفع الدين المحال عليه عن غلط كل الدين إلى المحال له ، بالرغم من وجود حيز تحت يده ، كان له أن يسترد من المحال له ما أخذه هنا دون حق (٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣) . وقضت كذلك بأنه إذا دفع للشترى وقت توقيم النقد الابتدائي قطاً من الثمن لثان مرتين ، ثم تزاع هذا الدائن ملكية العطار للبح فاستولى على حقه ، جاز للشترى أن يسترد منه ما سبق أن دفعه له (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) . أنظر مع ذلك محكمة مصر المخطلة في ٢٨ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ١٣٣ ص ٢٣٠ - وأنظر أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المخطلة من أن العائن اللدراج في كشف التوزيع لا يجوز أن يسترد منه ما أخذ بحجة أنه أخذ أكثر من حقه إذا لم تحصل منقوعة في إبرامه في كشف التوزيع وقتت مولعيد الطين (٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ١٣ ص ٣١٩ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٤ - أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) ، وقضت ما لم يقع منه تدليس (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ - ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

ونحل الآن كلا من حالتيه لنين ذلك في وضوح .

فالحالة الأولى ، وهي حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به ، تتطوى على عمل من أعمال الوفاء قد شابه عيب يحمله قابلاً للإبطال . فالنافع لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط - وكالغلط التدليس - أو عن إكراه ، وإما أن يكون ناقص الأهلية . ولما كان الوفاء عملاً قانونياً (acte juridique) فهو قابل للإبطال لهذا العيب الذي شابه . والنافع إذن أن يبطله . ومتى بطل زال السبب الذي تقل القيمة المدفوعة من ذمة النافع إلى ذمة المدفوع له . فيرى المدفوع له دون سبب على حساب النافع . ومن ثم يسترد النافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء (١) .

وترد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب . فحين يني النافع بدين مستحق الأداء ، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقيق الشرط القاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله . فالوفاء الذي كان المقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد . ومن ثم يبطل الوفاء . ومتى بطل زال السبب الذي تقل القيمة المدفوعة من ذمة النافع إلى ذمة المدفوع له . فيرى المدفوع له ، هنا أيضاً ، دون سبب على حساب النافع ، ويسترد النافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء .

ولما كان الوفاء يبطل في الحالتين كعمل قانوني ، فهو لا يني إذن إلا كواقعة مادية ، هي الواقعة التي ترتب عليها إثراء المدفوع له وافقار النافع ، ومن ثم فهي الواقعة التي تنشئ الالتزام برد المدفوع بغير حق .

وإذا كان دفع غير المستحق ، على ما رأينا ، صورة من صور الإثراء بلا سبب ، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية : قيمة الافتقار فيها تعادل قيمة الإثراء . فالنافع قد افتقر بقيمة ما دفع ، والمدفوع له قد أثرى

(١) جاء في للذكرة الإيضاحية للمصروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . فالوفاء بدين تصرف قانوني يجب أن يتجسم له الشروط الواجب توافرها في سائر التصرفات القانونية . فيشترط أن يكون بوجه خاص حلواً مما يجب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه ، وأن يصدر ممن توافر فيه أهلية الوفاء . فإنما شابه الرضاء عيب من هذه البوب أو تخلف شرط الأهلية كان الوفاء غير صحيح . ويتر من تلم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه قد أثرى دون سبب ، ويصح لمزما بالرد وفقاً لقواعد الإثراء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨) .

هذه القيمة ذاتها . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع (١) . هذا هو الأصل ، ويستثنى منه ما إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية . فينظر إلى القيمة التي انتفع بها فعلا وقد تنقص عن القيمة التي أخذها . فلا يرد إلا القدر الذي انتفع به (م ١٨٦) : وسرى تفصيل ذلك فيما يلي .

٨٣٠- التمييز بين دين في الزمة وبين معية بالزمت : ويمكن التمييز ، في دفع غير المستحق ، بين ما إذا كانت القيمة التي نقلها الدافع إلى المدفوع له ديناً في الزمة أو عيناً معينة بالذات . ففي الأمثلة التي سقناها فيما تقدم كانت القيمة المنقولة ديناً في الزمة : فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هي دعوى استرداد المدفوع بغير حق . أما إذا كانت القيمة عيناً معينة بالذات ، كما إذا كان المدفوع عقاراً باعه صاحبه وسلمه للمشتري ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن : فإن العقار يفسخ البيع تعود ملكيته للبائع : إذ هو عين معينة بالذات وليس ديناً في الزمة . ومن ثم يكون للدافع في هذه الحالة : إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهي دعوى شخصية . دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق (٢) .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلزم من يتسلم غير المستحق برد ما يؤدى إليه . وليس ترتب هذا الالتزام إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثراء . فما لأرب فيه أن من قبض غير المستحق يرى دون سبب ما دام وراءه من أدى قد وقع غير صحيح . وأقل قيمة ينبغي ردها هي مقدار المبلغ الذي سلم بغير حق . ومع ذلك فليس محل للمفاضلة بين قيم شتى ، إذ الأمر ينحصر في قيمة واحدة . فالمبلغ الذي يدفع يمثل قيمة ما آثر به الدين وما قضى من مال المدين في آن واحد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩) .

(٢) ثلث ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩) . وقد يجوز التفريق من بين الوجوه بين فاعلة الإثراء بلا سبب في ذاتها وبين تطبيقها في حالة دفع غير المستحق . فدعوى أن الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يترى به المدين في ذمة المالك ، ولا يلزم بالرد إلا بمقتضى التزام شخصي . وعلى التقدير من ذلك لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملك ما يؤدى دون حق إلى المدين ودخوله في ذمته . ذلك أن هذا الوفاء ، وهو قابل للإبطال بحكم المال ، لا يكون من شأنه نقل الملك . فالدين يلزم برد ما تلقى عيناً لا بمقتضى التزام شخصي ، بل بمقتضى استحقاق التبرع له . على أن هذا الفرق التقني البحت لا يحول دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق تطبيقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب من =

المبحث الثاني

أحكام دفع غير المستحق

٨٣١- دعوى استرداد غير المستحق : إذا تحققت حالة من حالي دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هي دعوى استرداد غير المستحق . ونستعرض في هذه الدعوى من يكون المدعي ، ومن يكون المدعى عليه ، وما الذي يطالب به المدعي المدعى عليه ، وكيف تسقط هذه الدعوى في بعض الحالات الخاصة .

المطلب الأول

المدعي والمدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق

١- المدعي :

٨٣٢- المدعي في هذه الدعوى هو الدائن الذي يسترد ما دفع دون حق . والدائن هو من حصل النفع من ماله (١) لأنه هو الذي اقترض . ويطلب أن يكون هو الذي تولى الدفع فعلاً ، فيفترض أنه دفع من ماله . وقد يكون الوكيل هو الذي تولى الدفع . فإن كان قد دفع من مال الأصل فالأصيل هو الدائن . وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يجز الأصل الدفع كان الوكيل هو الدائن . والمفروض في الوكيل إذا دفع عن الأصل أنه يدفع من مال الأصل لا من ماله هو .

وقد يكون النائب - الوصي أو القيم أو ناظر الوقف ألخ - هو الذي تولى الدفع عن الأصل . وحكمه في ذلك حكم الوكيل على النحو الذي فصلناه . وإذا دفع الكفيل أكثر من الدين الذي في ذمة المكفول ، كان هو

== حيث مضمون الفكرة بوجه عام . ومن المصق أن من يتسلم غير المستحق يجب عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقاً لهذه القاعدة ، دون أن يكون هناك عمل لفريقين بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سببها ، وما إذا كان ما سلم من التبعيات أو التلخيص .
(١) استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٢٧ من ١٤٩ .

الدائن بقدر الزيادة .

ويموز لدائى الدائن أن يستعملوا حقه فيطالبوا باسترداد المدفوع دون حق طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة . ويموز كذلك لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذى آل إليهم بالميراث (١) .

ب - المدعى عليه :

٨٣٣- والمدعى عليه: أى المدين فى دعوى غير المستحق، هو المدفوع له بغير حق ، حتى لو كان النفع لوكيله أو نائبه من وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك .
وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية كان الرجوع عليه بقدر ما أنضع على النحو الذى سنبينه فيما يلى (٢) .

المطلب الثانى

بماذا يطالب المدعى المدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

٨٣٤- التصريح القانونى: نصت المادة ١٨٥ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

١٥ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .

(١) وقد يدفع مدعى الدين لغير دائته ، فيستطيع الرجوع بدعوى غير المستحق على المدفوع له ، ويبقى الدائن الحقيقى أن يرجع بحقه على هذا المدين . ولكن هل يجوز ، تبعاً لتعدد الرجوع ، أن نجعل الدائن الحقيقى يرجع مباشرة على المدفوع له ؟ لا ترى وجهاً لرجوع الدائن الحقيقى على المدفوع له بدعوى غير المستحق لأن الذى يرجع بهذه الدعوى هو المدين الذى دفع من ماله كما رأينا ، ولا بدعوى الإثراء لأنه لم يخسر إذ أن حقه لا يزال باقياً فى ذمة الدين . ولكن يستطيع استعمال حق مدينه فى الرجوع على المدفوع له عن طريق الدعوى غير المباشرة . وقد يستطيع أيضاً أن يرجع على المدفوع له بدعوى القضاة إذا كان هذا قد نظر إلى مصلحة فضل الدفع نيابة عنه . (أنظر فى هذه المسألة ديموج ٣ من ٩٩ - بلانيول وريبير ويولاغيه ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(٢) وإذا استوفى دائن حقه من غير المدين ، كان للدافع أن يرجع بدعوى غير المستحق على هذا الدائن ، وبدعوى الإثراء لا سبب على المدين الحقيقى . ولكنه لا يرجع على المدين الحقيقى بدعوى غير المستحق طبقاً لقواعد التى ينالها .

٢٠ - أما إذا كان معنى النية فإنه يلتزم أن يرد أيضا القوائد والأرباح إلى جنتها ، أو إلى قصر في جنتها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه معنى النية .

٢١ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد القوائد والفوائد من يوم رفع الدعوى (١) .

وبقين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان معنى النية . وهذا التمييز جوهرى في تحليل مقلد ما يرجع به الدافع على المدفوع له . فستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين ، ثم ستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة .

١٨ - المدفوع له حسن النية

٨٣٥ - حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له . والفروض أن المدفوع له حسن النية فلا يكلف إثبات حسن نيته . والدافع هو الذى عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك ، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو معنى النية منذ البداية ، أو أنه علم بعد أن تسلم الشيء أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم معنى النية بعد ذلك . ويموز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات ، ولو بالبيئة والقرائن ، لأن سوء النية واقعة مادية .

فلذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذى بيناه ، فلما أن يكون قد تسلم تقوداً أو أشياء مثلية ولما أن يكون قد تسلم عيناً معينة بالذات . ويختلف الحكم في كل من الحالتين .

(١) وكان النص في القانون المدنى القديم على الوجه الآتى : « فلذا أخذ ذلك النص مع عليه بعدم استحقاقه له كان مشواً عن كده ومزماً بقوائمه وريبه » (م ١٤٦/٢٠٧ قديم) . وظاهر أن النص الجديد أوضح بياناً من النص القديم . تاريخ النص الجديد : ورد هذا النص في المادة ٢٥٤ من المشروع التمهيدى مع خلافت نصية لطيفة . وفي لجنة الراجعة اقترح إدخال هذه التعديلات النصية فأقرتها اللجنة ، وأصبح رقم المادة ١٩٠ في المشروع التمهيدى . وفي مجلس النواب ووفق على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . وفي مجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٨٥ . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ من ٤٥٧ - ٤٦١) .

١- المدفوع تقود أو أشياء مثلية :

٨٣٦- إذا كان المدفوع تقوداً أو أشياء مثلية - خلافاً أو انحطاً أو

نحو ذلك - فإنه يدخل ديناً في ذمة المدفوع له، ويجب عليه رده بدعوى غير المستحق. ويرد مقدار التقد الذي تسلمه دون نظر لتغير سعر التقد ، أو يرد القدر الذي أخذ من الأشياء المثلية (١) .

أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها ما دام حسن النية ، لأنه تملكها بالقبض . ويلتزم بردها إذا أصبح سيء النية ومن وقت أن أصبح كذلك . وعلى أى حال يلتزم برد الثمرات والفوائد من يوم رفع الدعوى ، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبة قضائياً برد ما تسلمه دون حق (٢) .

(١) ويجوز، طبقاً لقاعدة ٢٠٥ من القانون المدني الجديد ، أن يحصل المائن على شيء من النوع ذاته على حقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز للمائن أن يطالب بقية الشيء ، من غير إخلال في المائتين بمقتضى التصويض .
هنا وإذا أصدرت شركة سندات استهلكتها فيما بعد ، ودفعت غلظاً فوائده هذه السندات بعد استهلاكها ، فإن لها أن تترد الفوائد التي دفعتها دون حق أو أن تجهل ما دفعتها من الفوائد لصالحاً في نفس رأس مال السندات التي استهلكتها . ولكن صدر قانون في فرنسا في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ يضى بأن الشركة لا تترد في هذه الحالة الفوائد التي دفعتها ، وعليها أن ترد رأس مال السندات المستهلكة كاملاً . ويجزون هنا الحكم في فرنسا غلظاً الفكرة في الاستمرار على دفع فوائده السندات بعد استهلاكها ، وبأن هذه الفوائد تعاليل ربع رأس مال السندات المستهلكة قبل دفعه (أنظر بلاتويل وريبير ويولانييه ٢ فقرة ١٢٤٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بشركات الشيء التي سلم قسمة عمل للتزريق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية . فلا يلزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى ، لأنه يملك الثمرات ما دام حسن النية وفقاً لقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٦٠) .

هنا والمطالبة القضائية برد الشيء غير المستحق إذا كان قدما توجب دفع الفوائد القانونية (٤) في المسائل المدنية و ٥٠٪ في المسائل التجارية من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد في صحيفة الدعوى (م ٢٢٦) ، وتوجب رد الثمرات أو التصويض بحسب ما يقدر القاضي من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقداً .

أنظر في الموضوع استئناف مخطوط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - محكمة مصر المختلطة التجارية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٣٢ ص ١٢٧ - دي هلتس تحت لفظ Ex-poiement فقرة ١٦٦ وما بعدها - ليدركتور عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٦٨٨ .

ب - المدفوع عين معينة بالذات :

٨٢٧-ردالمعين: وإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات - سيارة أو فرساً أو أرضاً أو منزلاً - فقد رأينا فيها قلعهنا أن ملكية العين تعود إلى الدافع، وله في استرداد العين دعويان ، دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق ، ودعوى شخصية هي دعوى غير المستحق . ونقصر كلامنا على الدعوى الثانية فهي وحدها محل البحث هنا .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصوص في هذا الموضوع حذفت في لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات (١)، فجاء المشروع الهائى خطأ منها . على أن الأحكام التى تضمنتها النصوص المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التى يعمل بها فيما إذا حاز الغير عيناً معينة بالذات . وهذه القواعد نجدها مقررّة في نصوص أخرى تبين متى يملك الحائز الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩) ، وكيف يسترد المصروفات (م ٩٨٠ - ٩٨٢) ، وتحدد مسؤوليته عن الملاك والتلف (م ٩٨٣ - ٩٨٤) . ولما كان المدفوع له يعين معينة بالذات لا يخرج عن أن يكون حائزاً لهذه العين ، فإن النصوص المتقدمة الذكر هي التى تنطبق على حالته . لذلك نستعين في تفصيل ما نحن في صددده بهذه النصوص التى تقرر القواعد العامة وبالنصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى .

نصت المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عند المراجعة كما أسلفنا القول - على أن «كل من تعلم دون حق شيئاً معيناً بالذات التزم برده عيناً ما دام قائماً» . وليس هنا النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فالمدفوع له يعين معينة بالذات يلتزم بردها عيناً للدافع بمقتضى التزام شخصى هو رد غير المستحق . والفروض في ذلك أن العين لا تزال قائمة في يد المدفوع له ، لم تهلك ولم تنتقل إلى يد أخرى . وقبل أن نعرض لبيان الحكم فيما إذا هلكت العين أو انتقلت إلى يد أخرى ، نبين الحكم في رد الثمار واسترداد المصروفات

٨٣٨-رد الثمار واسترداد المصروفات: أما الثمار فإن المدفوع له حسن

الثية يكسبها بالقبض إلى يوم رفع الدعوى . نستخلص هنا الحكم من المادة ١٨٥ التي سبق ذكرها ، ونراه صريحاً في المادة ٩٧٨ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، وقد جرت بما يأتي : ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن الثية . ٢ - والثمار الطبيعية أو المستحقة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (١) . ومن

(١) وقد يخفى التسحق في الوقت نصيبه في الثلة ، ثم يبين أنه غير مستحق في الوقت أو أنه قبض أكثر من نصيبه ، فيجبر الاستحقاق (وهو حق الانتفاع المتيقن) في هذه الحالة عيناً مدفوعة دون حق ، ويجب على المدفوع له ردّها ، ولكن إذا كان هذا حسن الثية فإنه لا يرد غلة الوقت التي صرفها له الناظر لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالقبض . وقد قررت محكمة التمييز هنا للبدأ في وضوح على الوجه الآتي : « إن تطبيق اللذين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدني (م ١٨١ و ١٨٥ جديد) يقتضي حتماً التفريق بين الشيء للأخذ بدون حق وبين ثمرته ، فإن اشترط حكماً ، إذ الشيء للأخذ واجب الرد على كل حال ، أما الثمرة فتواجية الرد إذا كان أخذ الشيء قد أخذه بغيره مالا إلا حق له فيه . أما إذا كان أخذه إليه ولم يملأه ببلامة دون علمه بعدم استحقاقه له فلا رد لثمرته . فإذا كانت الوثائق التابعة للملك أن زبداً كان يجبر نفسه مستحقاً في وقت ، وكان يعتقد هذا تمام الاعتقاد ، ويقتضيه منه غلظ الوقت وفاق المستحقين اعتقاداً م جيداً سلبوا الثية فيه ، واستمر زيد مدة طويلة يستولى على نصيبه من غلة الوقت ، حتى جاء بكر فدعى الاستحقاق دونه وحصل على حكم شرعي نهائي لصالحه ، ثم رفع بكر دعوى يطالب بها زبداً أن يرد ما أخذه من غلة الوقت في السنين الماضية التي استولى فيها على هذه الثلة ، فهذه الوثائق تدل على أن الذي أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصل الاستحقاق ، ذلك الحق المتيقن كان وانما يده عليه بواسطة غلظ الوقت ، وأن المال الذي كان يجبضه سنوياً إنما هو الثمرة الناتجة من ذلك الحق المتيقن الذي أخذه بدون وجه حق . وإذاً فالشيء الذي يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ (م ١٨١ جديد) هو أصل الاستحقاق في الوقت أي حق الانتفاع المتيقن (droit d'usufruit) وهو ما حصله زبداً نتيجة الحكم الشرعي . أما الثمرة وهي الربح الذي كان يجبضه فقير واجب ردّها ما دام أخذه لأصل الحق للتسحق لما ووضح يده عليه كان ببلامة » (قضى في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص ٧٩٣) .

وعلى أساس أن التسحق في الوقت لا يلزم برد ما تملكه زيادة على استحقاقه إلا إذا كان شيء الثية يفتقر أن يغير الحكم الآتي الصادر هو أيضاً من محكمة القضاء : « القلم التسحق في الوقت برد ما تملكه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني (م ١٨١ جديد) ، فالحكم الذي يلزمه بالرد متناً من أثره على حساب التبر (والأول أن يملك رداً لا أخذ دون حق) لا مخالفة فيه للقانون . ولا عمل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدني (٢٠١٢ جديد) إذ أنها وردت في شأن الالتزامات الطبيعية والمستحق الرد فيما يوفى منها » (قضى ١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص ١٩١) .

م نرى أن المدفوع له حسن النية لا يرد الثأر سواء كان المدفوع عيناً معينة بالذات أو كان تقوداً أو أشياء مثلية (١) .

= ومع ذلك أظن الحكم الآن وقد صدر أيضاً من محكمة النقض : « إذا كان الوقف صادراً على ذرية الواقف ، وورث أحد على أنه من الذرية وأُنتِحت استحقاقه ، وكان الخلاف على استحقاقه متعلقاً بالنسب ، فإن الحكم يكون مستقماً إلى وقت الوقف ويكون له الرجوع بحسبه في السنين الماضية على من قبضه من المستحقين . أما إذا كان الخلاف غير متعلق بالنسب ، وإنما يتعلق بتمام الصراط فيه بعد تسميته ، كما إذا وقع على أولاد وله وأُنتِحت شخص أنه من أولاد البنات وقضى بدخوله ، فإنه لا يستحق شيئاً من غلة السنين الماضية للمتسلطة لأن القضاء يكون مثبتاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً لوجود شبهة الاتصال في شرط الواقف ، فإن كانت الغلة موجودة استحق فيها نصيبه وإلا فلا » (نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٧ الجمعية الرسمية ٣٨ رقم ٦ ص ١٢٦) . ويدعو أن محكمة النقض هنا جعلت العبرة في استرداد الغلة الماضية بكون الحكم مظهراً لا مثبتاً . والأولى الوقوف عند نية من استولى على الغلة ، فإن كان سيء النية فإنه يرد ما استولى عليه ، وأما إذا كان حسن النية فإنه لا يرد شيئاً من الغلة .

أظن أيضاً في هذه المسألة محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ الجمعية الرسمية ٣٠ رقم ٤/١٤٠ ص ٢٤٠ - وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحلقة ١٣ رقم ٢٨٣ ص ٥٤٦ . ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ الجمعية الرسمية ٨ رقم ١٩ .

(١) هذا وتقدر ملا إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها مسألة واضحة لا رغبة لمحكمة النقض عليها . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي : « تعتبر مسألة حسن نية واضع اليد على الثأر مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق للطلاق في تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها . فإذا قضت المحكمة بإعفاء المشتري من بيع الأرض التي اشتراها إلى تاريخ رفع دعوى الاستئناف عليه بناء على أنه كان حسن النية إلى ذلك التاريخ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك » (نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٢) . وقضت أيضاً بما يأتي : « إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث في تلك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى . فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان قضاؤها مبنياً على مقدمات من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها . فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بمحجج الوقف جيداً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موطن لديها في شأن هذه المحجج وعلى وضع دعوا على الوقف المتنازع عليه واستئثاره إليه بصفتها ناظرة دون أن تستمر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض » (نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٤٦) .

فمن ثمة أن المدفوع له حسن النية فإنه يملك الثأر بقضائها إلى يوم رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بما يأتي : « لا يلزم واضع اليد برد ثمرة العين إذا كان حسن النية إلى أن ترفع عليه الدعوى ، ويلزم بالثمرة من تاريخ رفع الدعوى لا بوقوع ما =

وأما المصروفات التي قد يكون المدفوع له أنفقها على العين ، فهذه نرى

== حله من ربحها ولكن بقدر ما مات صاحب العين من ربحه (استئناف ٩ مايو سنة ١٩٢٢
المطالبة ٣ رقم ٢/١١ ص ٢٧) - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢
المقوق ١٨ ص ١٧٩ - المجموعة الرسمية ٤ رقم ١/٧١ ص ١٦٥ - وفي ٢١ فبراير سنة
١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ - وفي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الثلاث ٢
رقم ٧٩ ص ٨٣ - وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ - المطالبة ٢
رقم ٨١ ص ٢٥٨ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المطالبة ٨ رقم ١/٤٧٧ ص ٧٨٤ - وفي
١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المطالبة ٨ رقم ٢/١٣١ ص ١٧٨ : وقد قضى هذا المحكم الأخير
بأن وضع يد الورثة على العار المدفوع باعتقاد أنه مملوك لمورثهم يمنع من مطالبتهم بالربح عن
المدة الساعية على تكليفهم - وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٥ يونيو سنة
١٨٩٤ المقوق ٩ ص ١٨٩ - محكمة طنطا في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ المقوق ٢٩ رقم ١٣٢
- محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ المقوق ٣١ ص ٢٧٨ . وقد
قضت محكمة طنطا بأنه « إذا دلت ظروف الدعوى على وجود التسليم العائلي بين الوالد
وولده والاختلاط في الماشي والأرزاق كان الوالد حسن النية في وضع يده على أملاك ابنه وأخذ
عقلها ، ولا يتطلب منه رد ما أخذه ، وإغا يبتدىء اعتباره سيء النية وملزماً بالرد من وقت أن
رفض ولده دعوى ضده يطالب فيها بالملكية والتسليم » (طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المطالبة ٣
رقم ٤١٩ ص ٥١٤) .

ومن يوم رفع الدعوى يعتبر المدفوع له سيء النية ويجب عليه رد الثمار ، والقرينة هنا
قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، فلا يجوز له إثبات حسن نيته بعد رفع الدعوى . وقد
قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن « مجرد الإنذار لواقع اليد من المالك الحقيقي بتسليم العار
الذي تحت يده لا يكفي في اعتباره سيء النية ، بل يجب على من يدعى سوء النية أن يقدم
الدليل على أن ما ظم به من الإنذار لمصلحة كان كافياً لتغيير حاله النفسية واعتقاده عدم أحقية
في وضع يده - ولكن يترتب على رفع الدعوى بالمطالبة بالملكية التزام واضح اليد برد الربح
من تاريخ المقاضاة من غير أن يكون ثمة محل للبحث في حسن أو سوء نية واضح اليد المترتب
على رفع الدعوى » (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المطالبة ٨ رقم ٣/٤٧٧ ص ٧٨٤ -
انظر أيضاً استئناف ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٢٧ ص ٧٩) -
وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً في هذا المعنى بأنه « من المبادئ المقررة قانوناً أن حسن
النية عند واضح اليد يزول بمجرد علمه باليب الذي يلحق بوضع يده ، وأن هذا اليب يعتبر
موجوداً ، وواضح اليد علماً به من يوم رفع الدعوى عليه . فإذا كانت دعوى الملكية من
شأنها أن تنبه واضح اليد على أن اليب الذي يلحق بوضع يده ليس قاصراً على الجزء المرفوعة
به الدعوى بل إن اليب شامل لجميع العين الواضع يده عليها ، كما إذا ردت الدعوى عليه من
أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص اليب بذلك الجزء في حين أن الحق
واحد ودليل الملكية هو هو بالنسبة لباقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة . وعلم واضح اليد
باليب الذي يلحق بوضع يده من شأنه أن يزول حسن نيته ويحله مشوياً عن ثمة العين كلها
من تاريخ هذا العلم » (استئناف ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩٩ ==

حكمها صريحاً في المادة ٩٨٠ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، وهي تنص على ما يأتي : ١٥ - على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية .

٢٥ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ .

٣٥ - فإذا كانت المصروفات كناية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ،

(م ٢٢٨) . أنظر أيضاً استئناف مصر ٩ يوفية سنة ١٩٣٤ المطامة ١٥ رقم ٢/٢٦٧ م ٥٦٣ .

وقضت أيضاً محكمة استئناف مصر بأنه « ليس من الضروري لمسئولة واضح اليد على عقار بحسن نية عن الفاعل من وقت رفع الدعوى عليه أن يصبح سيء النية بعد رفع الدعوى ، بل يكفي لتلك أن يظهر فيما بعد بقتضى حكم نهائي أن منازعه بملك الأرض من قبل أن يتسلكها البائع له لأن هذا الحكم مقرر للحق لا منقضى له ، وله أثر رجعي ينسحب فيما يتعلق بالريع إلى وقت رفع الدعوى . ولكل من كان واضحاً يده بحسن نية على عقار حتى الاستيلاء على ريعه ، وإعاً يلزم واضح اليد في جميع الأحوال برد الريع من يوم رفع الدعوى باستحقاق الفاعر عليه إذا حكم عليه فيها ، وذلك لأن حقوق المتنازعين تعتبر معلقة وموقوفة في جرمدة التقاضي » (استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المطامة ٢٠ رقم ٨٠ م ٢١٥) . وانظر أيضاً استئناف مصر في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المطامة ١٢ رقم ٢٥٥ م ٥١٨ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المطامة ٢٠ رقم ٤٨٧ م ١١٥٦ .

على أن القضاء المصري في ظل القانون القديم لا يخلو من بعض التردد في تحرير المبدأ القاضي بأن الثمار ترد من يوم رفع الدعوى . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ (المطامة ٨ رقم ٥٥٣ م ٩١٥) بأنه « من المتفق عليه علماً وعملاً أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائها ، وإذا ثبت حسن نية المص في وضع يده فلا تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى عليه يطلان عقده ، وإعاً تزول من يوم صدور حكم نهائي بذلك في موضوع الدعوى » . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ (المطامة ٢٠ رقم ٢٢٦ م ٦٣٦) بأنه « وإن كانت أغلب أحكام القضاء قد سارت على اعتبار أن سوء نية واضح اليد يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلا أنه من المتفق عليه أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائها ، وليس ضرورياً أن تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى » .

وغنى عن البيان أن القانون المدني الجديد (م ١٨٥ فقرة ٣) قطع كل شك في هذه المسألة بأن أهم قرينة قانونية لا تخيل لإثبات العكس على سوء نية من تسلّم غير المتسلم من يوم رفع الدعوى . ويمكن القول أيضاً مع محكمة أسبوط (٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المطامة ٩ رقم ٤/٤٢٤ م ٦٧٢) لند سوء نية واضح اليد الثابت بصور حكم نهائي إعاً يستند إلى يوم رفع الدعوى لأن الأحكام مقررّة للحقوق لا مشتقة لها .

ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيا مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة. ونرى من ذلك أن المدفوع له إذا كان أتفق على العين مصروفات ضرورية فإنه يستردّها كلها من الدافع . وإذا كانت المصروفات نافعة - والمفروض أنه حسن النية - خير الدافع بين أن يدفع ما أتفقه المدفوع له من المصروفات أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات (١) ، هنا ما لم يطلب المدفوع له نزع ما استحدثه (م ٩٢٥) . وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للمدفع له أن يرجع على الدافع بشيء في شأنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وفي هذه الصورة يجوز للدافع أن يطلب استبقاء ما استحدثه المدفوع له مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (٢) .

٨٣٩ - حارث هموك العين أو تلفها أو ضايعها : وننتقل الآن إلى حالتها إذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له. تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عند المراجعة - على ما يأتي : « فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي ألزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سىء النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء في استرداده ولو تالفاً مع التصيُّص عن نقص قيمته بسبب التلف . وتنص المادة ٩٨٣ ، وهي التى تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، على ما يأتي : ١٥ - إذا كان الحائز حسن النية وانقضى بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض

(١) وهذا الحكم هو تطبيق محض لدعوى الإثراء ، فإن الدافع ، وهو الذى ، يرد أصل مبنى الإثراء والافتقار للمدفع له ، وهو المتضرر . وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

(٢) هنا وقد منح القضاة للدفع الجديد للدافع الذى يلتزم برد المصروفات المدفوع له تسهيلات خاصة في الدفع . تنص المادة ٩٨٢ على أنه « يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المتكسبة عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . والمالك أن يتصل من هذا الالتزام إذا هو عجز مطلقاً بولأى قيمة هذه الأقساط خصوصاً منها فوائدهما بالمر التالى لتأدية مواعيد استحقاقها » .

بسبب هذا الانتفاع . ٢ - ولا يكون الحائر مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف .

وتبين من مفهوم المخالفة في المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ومن صريح النص في المادة ٩٨٣ أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولاً عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ . أما إذا كان قد انتفع بالعين الانتفاع العادى - وفقاً لما يحسبه من حقه - وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بأقراض منزل في بناء منزل آخر ، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها (١) . وللدافع في جميع الأحوال أن يسترده الشيء التالف في الصورة التي آلت إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف ما دام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا .

٨٤٠ - المدة تقضى للمدين من يوم الدفع له إلى يوم آخرى : أما إذا كانت

العين قد خرجت من يد المدفوع له ، إلى يد أخرى ، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى - وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتى :

١ - من تسلم وهو حسن النية الشيء المعين بالذات وقصر فيه بعض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عوض أو أن يحول حقه في المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان قد قصر بغير عوض فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يتجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق . وإذا أغفلنا

(١) وقد قُضت محكمة استئناف مصر بأمر «لا يجوز المسك بالرد على من أخذ شيئاً بنية سليمة ومن غير سبب صحيح إلا إذا حصل له إضرار» فلا وقت رفع الدعوى ، ولا يحكم بالرد إلا باعتبار قيمة هذا الإضرار بصرف النظر عن قيمة ما لحق المدين من الضرر ، فإذا فقد الشيء بغير خطأ للمدين عليه المسن النية وقت رفع الدعوى لم يكن هناك إضرار ولم يكن هناك موجب للرد (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/١٤٠ ص ٣٤٠ - المحلقة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٩) .

من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية لم يكن النص فيما بقي منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف في العين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به (١) . وإذا تصرف في العين تبرعاً لم يكن مسئولاً عن شيء قبل الدافع .

هذا في العلاقة ما بين الدافع والمدفوع له . أما في العلاقة ما بين الدافع والغير الذي انتقلت إليه العين ، فالأصل أن التصرف الصادر إلى هذا الغير من المدفوع له ، سواء كان معاوضة أو تبرعاً ، هو تصرف من غير مالك ، فلا يسرى في حق المالك - أي الدافع - ويستطيع هذا أن يتردد العين باعتباره مالئاً ويدعوى عينه هي دعوى الاستحقاق . هذا ما لم يكن الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر ، كالقادم في العقار أو الحيازة بحسنة في المنقول . فإذا كسب الغير ملكية العين وكان قد دفع عنها عوضاً ، فلا يرجع الدافع عليه بشيء لأنه سيأخذ هذا العوض من المدفوع له كما قلنا . أما إذا كان الغير لم يدفع عوضاً بل تلقى العين تبرعاً ، فإن الدافع لها أيضاً لا يرجع بشيء على الغير لأن هذا قد أثرى بسبب وهو عقد التبرع : وقد مر ذكر ذلك . ولا محل لتطبيق العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى ، إذ هي إنما أجازت رجوع الدافع على الغير بقدر ما أثرى تمثلياً مع الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى التي كانت تنص على أنه «إذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى به» . وقد بينا أن هذا الحكم على عدالته فيه خروج على القواعد العامة . ولما كان كل من هذين النصين قد حذف من المشروع التمهيدى ، فلا محل لتطبيق ما قضى به من حكم لا يتفق مع هذه القواعد . ونستخلص من ذلك ، في العلاقة ما بين الدافع والغير ، أن الدافع يتردد العين

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن «الأثر القانوني المترتب على المسك بقبول دعاوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التي حصلت في ملكه ، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده إن كان قائماً ولم يهلك بجاذب قهرى ، أو عنه أهى قبضه ضل في حالة ما إذا كان قد تصرف فيه بحسنة ، كل ذلك من غير مطالبته بصويص ما» (استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجوعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٧ ص ٢٩) . أظن أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١١٦ .

من الغير بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب الغير ملكية العين بسبب كالتقادم أو الحيازة ، فلا يرجع الدافع عليه بشيء في هذه الحالة ، سواء في ذلك تلقى الغير العين معاوضة أو تلقاها تبرعاً (١) .

§ ٢ - المدفوع له سبب النية

٨٤١- إذا أثبت الدافع أن المدفوع له سبب النية، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشيء أو بعد ذلك أن الشيء غير مستحق له ، وجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان المدفوع تقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معينة بالذات .
١- المدفوع تقوداً أو أشياء مثلية :

٨٤٢- يرد المدفوع له مقدار التقدر الذي تسلمه، ويعرض عن غير سعر التقدر لأنه سبب النية . وإذا كان المدفوع أشياء مثلية ، ردها بالتقدير الذي أخذ على النحو الذي يبينه في حالة ما إذا كان المدفوع له حسن النية . أما الثمرات والفوائد فيلزم بها المدفوع له سبب النية . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ : « أما إذا كان سبب النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنبها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سبب النية (٢) » .

(١) سنود في مكان آخر ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه النصوص المحذوفة .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما سبب النية فيلزم على تقييد ذلك برد الفوائد أو الأرباح التي حصل عليها أو كان يوسمه أن يحصل عليها من الشيء من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سبب النية . وهذا أيضاً تطبيق للقواعد العامة لأن المأثر سبب النية لا يكون له حق في الثمرات . ويراعى في الحالة الأخيرة أنه إذا كان الشيء المقبوض مبنياً من التقود فيلزم من قبضه برد الفوائد عينية على أساس السر التحرر في القانون حتى قبل رفع الدعوى . وهذه حالة من حالات الاستثناء النادرة التي ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٤٦) . أظهر استئناف مخطط ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٢٧ - وق ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦٦ ص ٦٣ - وق ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١ .

وتطبيقاً لرد الفوائد عن التقود التي أخفت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه « لا مخالفة للقانون في القضاء بإلزامها فرض بالربا التاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها عسوية من »

ب - المدفوع عين معينة بالذات :

٨٤٣ - رد العين والتمار واسترداد المصروفات : يلزم المدفوع له شيء التية برد العين للدافع ما دامت قائمة (المادة ٢٥٥ المحذوفة من المشروع التمهيدى) . ويلتزم أيضاً برد التمار التى قبضها فعلاً أو التى قصر فى قبضها (١) . وقد رأينا أن المادة ٩٧٩ تنص فى هذا المصدد بأن ويكون الحائز شيء التية مستولاً من وقت أن يصبح شيء التية عن جميع التار التى يقبضها والى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفق فى إنتاج هذه التار (٢) . وأما المصروفات فلن كانت ضرورية استردادها كلها (م ٩٨٠ قرة أولى) . وإن كانت ناضية كان للدافع أن يطلب إزالة ما استحدث أو استبقاه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما راد فى قيمة العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٨٠ قرة ٢ وم ٩٢٤) . وإن كانت كالية فلا يرجع بشيء على الدافع . ولكن له أن يترزع ما استحدث على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى . إلا إذا اختار الدافع أن يستقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م ٩٨٠ قرة ٣) (٣) .

= تاريخ قبضها (نص ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ م ١٩٩) . أما محكمة الاستئناف المختلة فكانت لا تنص فيما الأمر برد التوار التاروية ، ثم قضت بذلك ، وترددها ، حتى استقرت على الرد (أنظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ م ٤١ : ويلخص الحكم تطور القضاء المختلط فى هذه المسألة) . (١) استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ١١٣ . (٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «من اشترى عقاراً فأخرج منه واضح اليد عليه . فله أن كان واضح اليد . التية أن يطالبه بتأديتها» (المعز لا من تاريخ تعجيل عقد البيع فخطأ من تاريخ التقاضيه) (استئناف ٣ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسية ٤ رقم ٨٤ م ١٩١) . وقضت بأنه «فى حالة وضع يد بغير الورثة على التركة ومنهم أحد الورثة من استلام نصيبه يلزم الورثة واضعو اليد جميعاً بالرجوع لوارث التية حرم من وضع يده ، ولغزول الورثة عزم المسئولية فيما بينهم لأن شاءوا بنسبة ما انتفع به كل منهم من الألمان» (استئناف ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ التمرات ١ رقم ٣٢٢ م ١٨١) . وقضت بأن «التنص التية بضم يده على أعيان باعتباره مالكا يحتضى عقد صدر له من المورث أشبه فيه التملك والصرف إلى ما بعد الوفاة واعتبر وصية بالملقة لمودرها لوارث يكون مستولاً عن الربع لأن جهة لم تكن حقة استهلكته» (استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المجموعة رقم ٣١٥ م ٥٢٠) . (٣) وقد سبق أن أشرنا إلى التسهيلات التى منحها القانون المدنى الجديد للدافع التية بقرم برد المصروفات للمدفع له (٩٨٢م) .

٨٤٤- مال هلاك العين أو تلفها أو ضياعها: وإذا هلكت العين

أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له سبب النية ، التزم برد قيمته وقت
الهلاك أو التلف أو الضياع ، وذلك دون إخلال بحق الدافع في استرداد
العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدى).
وقد قضت المادة ٩٨٤ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة بالحكم الآتي :
« إذا كان الحائز سبب النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان
ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو
كان باقياً في يد من يستحقه . ويتبين من ذلك أن المدفوع له سبب النية يكون
مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة . ولا يعفيه من المسؤولية
إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد الدافع (١) .
وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين
إلا إذا وقع الهلاك بخطئه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ .

٨٤٥- مال المذموم العين من يد المدفوع له إلى يد أقرى : وإذا خرجت

العين من يد المدفوع له سبب النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من
المشروع التمهيدى على ما يأتي : « ١ - من تسلم ولو بحسن نية الشيء المعين
بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملزم برده وجب عليه أن يرده
عيناً أو أن برد قيمته وقت رفع الدعوى ، على أنه يجوز لمن سلم هذا الشيء
أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله في دعوى
المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير
عوض ولم يقم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يتجاوز
قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق . والفقرة الثانية من هذا
النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إغفالها ما دامت قد حذفت
من المشروع التمهيدى . وتبقى الفقرة الأولى وهي تطبيق للقواعد العامة .
ويبين منها أن المدفوع له سبب النية إذا تصرف في العين معاوضة كان ملزماً

(١) ظن مسئولية السارق ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ،
حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لو بقي في يد مالكه ، فإن نية الملاك تمت على السارق
في جميع الأحوال (م ٢٠٧ فقرة ٣) .

قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذى تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع غيراً بين قيمة العين (١) والعوض الذى أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له . وفى العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين لا يختلف الحكم عما قررناه فى صدد المدفوع له حسن النية إذا انتقلت العين من يده إلى يد أخرى معاوضة أو تبرعاً . ذلك أن الغير فى علاقته بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له ، حصة كانت هذه النية أو سببها (٢) .

(١) التمس المحذوف من الشروع التمهيدى يجعل العبرة فى تحديد قيمة العين بوقت رفع الدعوى ، ولكن لما كانت القواعد العامة هى التى يجب تطبيقها بعد حذف هذا التمس ، فإن هذه القواعد تخص بتحديد قيمة العين وقت التصرف فيها .

(٢) وتتل هنا - بعد أن فرغنا من الكلام فى الصور المحذوفة من المشروع التمهيدى - ما ورد فى الذكرة الإيضاحية فى صدد هذه التمس : « تتناول هذه التمس الحالات خاصة لما أهمية بالغة فى الحياة العملية ، حيث يكون الشيء الذى قبض بشتر حق سبباً بطلان . فإذا بقى الشيء فى يد من قبضه وجب عليه أن يرد به ، إما إلى من سلمه ، ويمكن ذلك بمقتضى التزام شخصي ، وإما إلى مالكه إذا طالب باستحقاقه له . - فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي ، فيجب التفريق بين حالة من تسلم بحسن نية وحالة من تسلم وهو سىء النية . ففي الحالة الأولى يتحمل مالك الشيء ثمة الضياع أو التلف ، ولا يلزم حسن النية برد شيء ما ، وفقاً لقواعد العامة . وفي الحالة الثانية يكون من تسلم الشيء قد ارتكب خطأ ما دام قد تسلمه وهو سىء النية ، فهو يتحمل ثمة الخطأ ولو كان التلف أو الضياع مجازة جبري ، وبذلك يلتزم برد قيمة الشيء وقت ضياعه أو تلفه ، أى فى آخر وقت كان يتعين عليه الرد فيه . على أن لمن سلم الشيء ، فى حالة التلف ، أن يطالب بالقيمة التالف مع التمس من حصى قيمته . وغنى عن البيان أنه إذا تسبب الضياع أو التلف شخصاً شخص معين ، كان من وقته منه هذا الخطأ مسؤولاً عنه . فإذا خرج الشيء من يد من تسلمه على أثر التصرف فيه بدون فيجب التفريق كذلك بين التصرف بحسن نية وبين التصرف بسوء نية . ورامى أن من يتسلم الشيء وهو حسن النية قد يصبح سىء النية وقت التصرف ، ولا عكس ، ففى النية عند التسلم لا يصبح حسن النية وقت التصرف على أى حال . فإذا وقع التصرف بحسن نية ، وكان من قبل المعاوضة ، ظن سلم الشيء أن يرجع (١) على من تسلمه منه ، ويتعين على هذا الأخير رد عوض الشيء قبضه أو تحويل حقه فيه ، ولا يلزم برد الشيء عيناً كما هو الشأن فى حالة التصرف بسوء نية (ب) وله أن يرجع على التصرف له ، فهو لا يكسب ملكية الشيء بمقتضى تملكه مع من تسلم هذا الشيء ، لأنه تملك مع غير مالك . فيجوز لمن سلم الشيء أن يطالب باستحقاقه له ، ما لم يكن التصرف له قد كسب حق الملك فيه بالتجارة أو بالمجازة إن كان من -

٣٥ - حالتان ذواتا أحكام خاصة

٨٤٦ - الوفاء بدين مؤجل والوفاء لتأخير الأجلية : هناك حالتان في

دفع غير المستحق لهما أحكام خاصة : (١) حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل (٢) حالة الوفاء لتأخير الأجلية (١) .

٨٤٧ - (١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل : قدمنا أن

المادة ١٨٣ من القانون المدني الجديد نصت على ما يأتي : ١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل . ٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا

= التلوات . ولا يخل ذلك بما يكون التصرف له من حق في الرجوع بالضمان على من تعاقد معه ، وهو من سلم الشيء وأدى إليه به . فإذا كان التصرف من قبل الترعات ، ضمن سلم الشيء أن يسترد منه من يد التصرف له ، وله كذلك أن يطالبه بقية ما أنرى به إن تم له كسب ملكية الشيء من طريق التنازل أو الحيازة باعتبار أن دفع الضرر مقدم على جلب النفع (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٥٨ من المشروع - ونستدرك هنا على المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم

لا يسرى لأن النص عليه قد حذف وهو لا ينفذ من القواعد العامة) . أما إذا كان التصرف من قبل الماوضات ووقع بسوء نية ، ضمن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه وعلى التصرف له كما هو الشأن في الفرض التي تخدمت الإشارة إليه ، مع فارق يشتمل فيما يتصل بحق الرجوع من رخص الخيار . ذلك أن من سلم الشيء يكون في هذه الحالة بالخيار بين إلزام التصرف بأن يؤدي ما قبض من عوض ، أو إلزامه بأن يحل محله في دعوى المطالبة بهذا العوض . هذا فضلاً عن حقه الأسبق في إلزامه برد الشيء عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الضياع لأن الشيء لا يزال قائماً (كذا) . وإذا كان التصرف تبرعاً جاز لمن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه ، وله أن يلزمه برد الشيء عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى دون رد العوض ، إذ الفروض أن التصرف وقع بغير مقابل . وله كذلك أن يسترد الشيء من يد التصرف له ، فإذا كان هذا قد كسب حق الملك عليه بالتنازل أو بالخيار أو لم يتيسر لمن تسلمه أن يرد قيمته الزم قبل من سلم الشيء بتعويض لا يتجاوز قيمة ما أنرى به كما هو الشأن في الفرض السابق (عين الاستدراك المتقدم) « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ » .

(١) وكان القانون للدائن التقديم يضيف حالة تالية هي حالة الوفاء بالتزام مخالف للأحكام فلا يسترد ما دفع في بعض الأحوال . ولكن القانون الجديد أغفل هذه الحالة كما يتنا عند الكلام في سلطان النقد (أنظر آتياً فقرة ٢٣٨) .

كان الالتزام الذي لم يخل أجله تقوّد التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها المتناقص أو الاتفاق عن المدة الباقية لحلول الأجل» (١). ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني القديم . فالحكم مستحدث .

والمقروض أن المدين وفي الدين المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل قيام الأجل أو وهو مكروه على ذلك . لأنه لو وفي الدين المؤجل وهو علم بقيام الأجل غير مكروه على الوفاء لحمل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل . فلا يرجع بشيء على الدائن . والأصل أن المدين إذا وفي الدين قبل حلول أجله على الوجه الذي بيناه كان له أن يسترد ما دفع بدعوى غير المستحق . ثم يوفى الدين عند حلول الأجل . ولكن يجوز للدائن—بدلاً من أن يرد الدين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدى مع خلافت انظية لطيفة ومع إغفال عبارة « وكان الموق جاهلاً بقيام الأجل » في آخر الفقرة الأولى . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال التعديلات انظية فأقرتها اللجنة وأصبح رقم المادة ١٨٨ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب ووفى على مقادة تحت رقم ١٨٨ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تليت المادة ، فاقترح حذفها لما تحدثت من اضطراب في المعاملات على أن تنطبق في الحالات المتصورة عليها فيها المواد السابقة الخاصة بالإبراء بلا سبب . فملغى في ذلك تمثل الحكومة فأبلا إن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ بنصرف إلى من لا يكون مزمماً بالوفاء أصلاً وإن هذه المادة تتكلم عن شخص مزمم إلا أن أجل الوفاء لم يخل مد ، وإن الأصل حين يقوم بالوفاء بدئن قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه ، فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء طرؤف لها حكم النطق ، فلن دم أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل ، وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي لسلامة منطق . واقترح أحد الأعضاء استبدال عبارة « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام » بعبارة « إذا كان التسليم قد تم ود الالتزام » في الفقرة الأولى ، كما اقترح إضافة عبارة « وكان الموق جاهلاً بقيام الأجل » في آخر الفقرة . فوافقت اللجنة على ذلك . وجاء في تقريرها أنها أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وكان الموق جاهلاً بقيام الأجل » لأن الموق لو كان عالماً بقيام الأجل ووفى رغم علمه هذا حل منه ذلك محل التنازل عن الأجل . وفي مجلس الشيوخ ووفى على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ١٨٣ . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٤) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « الأصل حين يقوم بالوفاء بدئن قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه . فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء طرؤف لها حكم النطق ، فلن دم أن يسترد ما أداه ، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل . وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأي لسلامة منطق ، مقتضياً في ذلك أثر المشروع الفرنسي الإبطال ، ولو أن بعض تفتيشات أخرى قد أعرضت عنه . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢) .

ثم يستوفيه ثانية عند حلول أجله - أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المبجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . وهذا يؤدي من الناحية العملية إلى عين النتيجة الأولى مع اختصار في الإجراءات . وضربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلاً لذلك : مقالول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بسة أشهر . وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية، فيحق له أن يطالب الدائن : إذا لم يشأ هنا أن يرد البناء الذي تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين ، قيمة النفقات الإضافية التي تقدمت للإشارة إليها وقيمة إمبراد البناء في الشهور الستة (١) . وإذا كان الدين الذي وفي قبل حلول الأجل تقوداً ولم يرددا الدائن للمدين على أن تؤدي إليه عند حلول الأجل ، كان للمدين - على ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - وأن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه ، أو بحسب السعر المقرر في القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق في هذا الشأن ، وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل . فهذه الفائدة هي التي تمثل ما أفاده الدائن من التجميل في استيفاء حقه في حدود ما أصاب المدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٣) هنا ولا كان القانون المدني القديم لم يحز دعوى غير المستحق في الدين الذي وفي قبل حلول أجله (الموجز للوائح ٤٠٢ - الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٣٩٦ هامش رقم ١ - أنظر أيضاً المادة ١١٨٦ من القانون المدني الفرنسي - ومع ذلك فإن دي هلتس ٢ ص ٩٣قرة ١٤٤) ، فإن القانون المدني الجديد يكون قد استجعت هنا حكماً جديداً كما قمنا . وليس لهذا الحكم الجديد أثر رجعي . فإذا وفي مدين ديناً قبل حلول أجله ، ووقع الوفاء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يرجع بقى على الدائن حتى لو كان أجل الدين لا يحل إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو في ميعاد بعد ذلك . أما إذا وقع الوفاء في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فالتقانون الجديد هو الذي ينطبق ، ويرجع المدين على الدائن بدعوى غير المستحق على النحو الذي ببناء ، حتى لو كان الدين الذي وفي قبل حلول أجله قد نشأ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ومن ثم نرى أن البررة في تطبيق القانون الجديد لا تكون بتاريخ نشوء الدين ولا بتاريخ حلول الأجل ، ولكن بتاريخ الوفاء المبجل ، فإن هذا الوفاء المبجل هو الواقعة التي ترتب عليها الترام المنفوع له برد غير المستحق . فإذا وقع الوفاء المبجل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك كان القانون الجديد هو الواجب التطبيق ، وإذا وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقانون القديم هو الذي يطبق .

٨٤٨- (٢) إرفاء ناقص الأهلية: تنص المادة ١٨٦ على أنه : إذا

لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به (١) .

وإذا كان الدافع تشترط فيه الأهلية ، حتى أنه لو دفع وهو غير أهل لفواء فإنه يسترد ما دفع كما سبق أن بينا ، فإن المدفوع له لا تشترط فيه الأهلية في الأصل . إذ أن الزامه بالرد لا يقوم على إرادته ، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قلنا . غير أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية . بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه ، عومل برعاية أكبر من الرعاية التي يعامل بها كامل الأهلية نظراً لنقص أهليته . فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا في حدود ما انتفع به فعلاً (٢) . وفي هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التي تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هي عين قيمة الافتقار ، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التي اختبر بها الدافع على النحو الذي قلنا . وتكون العبرة في إثراء ناقص الأهلية ، الذي تسلم غير المستحق ، هو ما انتفع به فعلاً لا حكماً .

ويبنى على ذلك أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية ، وتسلم عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لا يكون ملتزماً بشيء قبل الدافع حتى لو كان سيء النية ، لأن ما قلده دون أن يضع به لا يدخل في تقدير إثرائه وفقاً للمبدأ العام في قاعدة الإثراء (٣) . أما إذا

(١) تلويح النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٩ من الصروع التي صدرت على الوجه الآتي : « إذا كان من تسلم شيئاً غير مستحق له لا تتوافر فيه أهلية التعاقد ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به حتى لو كان سيء النية ، وهذا مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٥٥ . » وفي لجنة المراجعة اقترح حذف العبارة الأخيرة لعدم ضرورتها ، فأقرت اللجنة ذلك وأصبح النص النهائي الذي قمته اللجنة تحت رقم ١٩١ على الوجه الآتي : « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩١ . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل وأصبحها ١٨٦ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢) .

(٢) استضاف مخطط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠ .

(٣) أما كمال الأهلية فإنه يلتزم برد قيمة الشيء كما رأينا . (نظر بلائيول وريير وبولاييه ٢قرة ١٢٥٤) .

كان للملاك أو الخلف أو الضياع قد وقع بخطئه ، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ .

وينبغي على ذلك أيضاً أنه إذا تبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالعين التي تسلمها دون حق ، لم يرجع الدافع عليه بشيء لأنه لم يرضع بالعين ، حتى لو كان سيء النية وقت أن تبرع (١) .

(١) وقد رأينا فيما تقدم أن كمال الأهلية يلتزم برد قيمة الشيء . هنا والدافع هو الذي يقع عليه عبء الإثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفي تقدير مدى اثرائه ، وذلك وفقاً للضمان الذي قررنا في دعوى الإثراء بلا سبب (انظر في هذا المعنى بلاتول وريير وبولاجيه ٢ ، فقرة ١٢٥٥) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المرقوم ٢٥ من ٦٨ - وفي ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحللة ١١ رقم ٥٣٤ من ١٠٥٢ - ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية . ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول النقص لخاص الأهلية بالاستندات المضافة منه لأنها هي أيضاً باطلات .

وهنا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن النسي التي نحن بصدد : « لا يشترط للتزامم برد ما تسلم بغير حق أن يكون المدين أملاً للتفاد . ذلك أنه لا يلتزم التزاماً لإلزاماً ، بل ينشأ التزامه برد ما أوى إليه عن واقعة تسلم ما لم يكن مستحقاً له . ولكن إذا كان من تسلم الشيء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث للذي بمنزلة سواء . فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بتأثيره على قيمة ما أثرى به ، وبوجه خاص في حالة ضياع الشيء (٢٥٦ م) وحالة التصرف فيه بسوء نية (م ٢٥٨) . أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على التخصيص من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ولو كان سيء النية ، ولا يلزم بشيء ما إذا قد ما تسلمه بمحض نياتي . وهو لا يؤدي كذلك إلا ما قبض من عوض إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشيء عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية . وتستثنى من حكم القاعدة للتقضية حالة تسلم ناقص الأهلية لشيء معين بقبات ، فهو يلزم برده عيناً مادام قائماً ولو أنه لم يثر منه باعتباره أنه لم يخل في قيمته . وهذا هو ما قصد من التخطئ للمجلس بالمادة ٢٥١ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٤٦١ - من ٤٦٢) .

ويتبرع ناقص الأهلية قد أناد بما أخذه إذا كان قد وفى به ديناً عليه ، أو اشترى به شيئاً ناقصاً ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انقضت بسبب طبعي ، أو رجم به عقاراً حتى لو حلك النار بعد ذلك بقوة القاهرة ، أو بقي المال الذي أخذه في يده إلى وقت الرد (استئناف وطنى في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحللة ٩ رقم ٤٨ من ٧٧) . ويتبرع مفيداً ما صرفه القاصر في ضرورياته أو في كالياته المطلوبة التي يحصل عليها أمثاله (استئناف مخطوط في ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ من ١٠٠ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٦٦) . ويتبرع غير مفيد ما يدهه ناقص الأهلية في ملاقيه أو في القاهرة أو في شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حاله الاجتماعية ومقدار ثروته أو في أشياء ضارة كالمواد المخدرة ، أو أضرار المال عن حرق أو عدم حيلة (انظر في كل ذلك نظرية النقد للزولف فقرة ٦١٣) .

المطلب الثالث

سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٨٤٩- ومبراه خا صا له لسقوط : دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة في انقضاءها وفي سقوطها . غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها : أَوْضًا إِذَا كَانَ الْمَدْفُوعُ لَهُ حَسَنُ النِّتَةِ وَتَجَرَّدَ مِنْ سِنْدِ الدِّينِ أَوْ مِنْ تَأْمِينَاتِهِ أَوْ تَرَكَ دَعْوَاهُ تَسْقُطُ بِالتَّقَادُمِ (م ١٨٤) . والوجه الثاني سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بجمعه في الاسترداد (م ١٨٧) .

١٨ - تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته

أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٨٥٠- التصرص القانوني: نصت المادة ١٨٤ على أنه : لا عمل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن : وهو حسن النية ، قد تجرد عن سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء (١) .

وهذا النص أشمل وأوفى من النص الذي كان في القانون القديم مقابلًا له . فقد كانت المادتان ٢٠٩/١٤٨ من القانون القديم تنصان على أنه ولا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص ، وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع ، وانعدم سند الدين . وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي . ووجه الشمول في النص الجديد أنه لم يقتصر على حالة انعدام سند الدين ، بل شمل التجرد من سند

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في اللائحة ٢٥٣ من المرسوم التمهيدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٩ . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل . ثم وافقت لجنة القانون للدن بمجلس الشيوخ عليه دون تعديل وأصبح رقمه ١٨٤ . ووافق مجلس الشيوخ عليه دون تعديل (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ من ٤٥٥ - من ٤٥٦) .

الدين بصفة عامة ، وألحق بهذه الحالة ما يعادلها : التجرد من تأمينات الدين وترك الدعوى تسقط بالتقادم (١).

٨٥١- التجرد من سند الحق أو من التأمينات : والمفروض أن غير المدين

دفع الدين للدائن . وكان هذا حسن النية وقت استيفاء حقه ، فأقدم سند الدين ، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه ، أو أغفل المحافظة عليه بأى وجه من الوجوه ، أو تجرد من تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن ، أو لم يحدد القيد ، أو نزل عن الرهن . أو أبرأ ذمة الكفيل ، أو نحو ذلك . ففى كل هذه القروض يسقط حق الدافع فى الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، لأن هذا الحق قد تعارض مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له ، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه . فالمدفوع له لم يقصر ، والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطاً وغلطه هذا ينطوى على ضرب من التصير . هذا التعارض بين الحقين هو الذى جعل النقلة لحق المدفوع له حسن النية ، ورجع كفة غير المقصر على كفة المقصر .

٨٥٢- ترك الدعوى تسقط بالتقادم : ويلتحق بذلك ان . ثبوت الدائن قد

ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى . نفياته لحقه . فهنا أيضاً يتعارض الحقان ، ويرجع حق الدائن حسن النية ، فلا يجوز للدافع

(١) وكان القضاء المصرى يفسر عبارة « واندم سند الدين » التى وردت فى القانون القديم تفسيراً شيقاً . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه « إذا دفع المشتري الثمن لدائن مرتين ، ثم استحق البيع أو أطل البيع غرقت العين من يده ، كان دفعه الثمن للدائن الرهن قائماً على غير سبب ، وله أن يتردد الثمن الذى دفعه . ولا يمنعه من ذلك أن يكون الدائن قد عمد إلى شطب الرهن بعد أن استوفى حقه ، فإن نص القانون إنما يمنع الاسترداد فى حالة انعدام السند ، أى فى حالة زواله بحيث يصبح مستحيلاً على الدائن أن يثبت حقه . وما لم يشطب شطب الرهن على النزول صراحة عن الرهن ذاته فإنه لا يفسد الدائن حقه فى الرهن . ولا يزال السند المنشئ . الحق باقياً على كل حال يستطيع به الدائن أن يرجع على مدينه (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ م ٢٧) . ومع ذلك فقد توسعت محكمة الاستئناف المختلطة أخيراً فى التفسير فاضلت على « انعدام السند » تنادم الدين ، إذ قضت بأنه « فى تطبيق المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المختلط المتعلقة باسترداد غير المستحق ينال على حالة انعدام السند حالة تنادم الدين » (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ١٥ م ٢٧) .

الرجوع عليه ، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع ، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقدم دعواه ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي تجرد من سند الدين أو من تأييداته (١) .

٨٥٣- مجموع الرافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء : وإذا كان بلاغ لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق - فإن الطريق التي أمامه مفتوحة للرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب ، فقد دفع له دينه . فأثرى هنا بقدر ما افقر ذاك . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « على أن الغير لا يظل محروماً من حق الرجوع بما أداه . فالمدين الحقيقي قد قضى دينه بفضل هذا الوفاء يلزم قبله بالتعويض وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب . وقد ينشئ في حالة سقوط الدين بالتقدم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بمحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط . وبذلك يكون التحايل قد هباً للغير حق الرجوع على المدين . ويلوح أنه ينبغي أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت في مثل هذه الحالة درماً لئلا هذا التحايل (٢) » .

والعرض الأخير الوارد في المذكرة الإيضاحية يمكن تصويره على النحو الآتي : سقط الدين بالتقدم ، فبعد الدائن إلى التواطؤ مع أجنبي أعطاه

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للصروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « إذا قام غير المدين بوفاء الدين متعمداً أنه ملزم بأداءه ، فمن حقه أن يسترد ما أدى وفقاً للقواعد العامة بدفع ما لا يستحق ، سواء أكلان الدائن حسن النية أم سيئاً . ومع ذلك فقد رؤى اختصاص الدائن حسن النية بحق من الرضاية ، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى للغير إلحاق ضرر به ، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأييدات الخاصة بالوفاء به ، وإما من ناحية القانون بسبب سكوتة عن مطالبة الدين الحقيقي وتقدم دعواه قبل هرباً على ذلك . فالحق أن المخارطة بين الغير الذي أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه متعمداً صحة الوفاء تنهى دون شك إلى توجيه ما ينبغي لصالح الأخير من أسباب الحماية والتعليب . وقد أخذ الفقهاء المال (القديم) بهذا الحكم ولو أنه أفرغه من عبارة هوزرها بالوضوح ، إذ انصرف في الادة ٢٠٩/١٤٨ من النص على حاية الدائن حسن النية إذا « انضم سند الدين » دون أن يتناول صريح النص حالات عامة كالإفلاس وضياح التأنيب (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٤٠٠) .

(٢) مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٤٠٠ .

مخالفة بالدين ، وجعل تاريخ الخالصة سابقاً على سقوط الدين بالتقادم
فصوره بذلك شخصاً دفع الدين عن الدين قبل تقادمه ، فيستطيع الرجوع
إفد على الدين بما دفع ، إذ لم تقادم دعواه المبنية على الإثراء بلا سبب بالرغم
من تقادم دعوى الدين . ومفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق
غير مباشر على حق سقط بالتقادم . لذلك وجب أن تكون الخالصة ثابتة
التاريخ لجواز الاحتجاج بها على الدين ، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن
أن يقدم تاريخ الخالصة ليقع في وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه .

٢٤ - سقوط الدعوى بثلاث سنوات

٨٥٤ - النص القانوني : تنص المادة ١٨٧ على أنه تسقط دعوى استرداد

ما دفع بغير حق باقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع
غير المستحق بحقه في الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال
باقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (١) .

ويلاحظ أن دعوى غير المستحق - وهي فرع عن دعوى الإثراء بلا
سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه - تقادم بعين المدة
التي تقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب .

٨٥٥ - السقوط بأقصر المرتين : ويتبين من النص أن دعوى غير المستحق

تسقط بأقصر المدين الآتين :

(١) ثلاث سنوات تسمى من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد .
فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام في ذمة المدفوع له ، بل من

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٠ من المرسوم التمهيدى مع اختلاف لفظي
طفيف . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٩٢ في المرسوم الهائى . ووافق مجلس
النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٢ . ثم وافقت لجنة القانون الذى بمجلس الشيوخ على
النص مع حذف كلمة « بالتقادم » وأصبح رقمه ١٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته
اللجنة . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٦٢ - ص ٤٦٤) . ويلاحظ أن كلمة « بالتقادم »
قد حذفت لأنها لا ضرورة لها ، وسقوط دعوى غير المستحق بثلاث سنوات كسقوطها بخمس
عشرة سنة إنما يأتى عن طريق التقادم .

اليوم الذى علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه . ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع ، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ فى الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذى سيأتى بيانه . وقد يتفق مبدأ السريان فى كل من المدينين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط ، بل دفع مكرهاً أو كان ناقص الأهلية ، فإنه يكون عندئذ علماً بحقه فى الاسترداد وقت قيام هذا الحق .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق كما سبق أن بينا . وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى . وأن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى قبل تقادمها بالمدة الثانية . وهذا صحيح فى الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن قد يقع - كما رأينا فى دعوى الإثراء - أن الدافع لا يعلم بخلطه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة . فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه فى الاسترداد . وهذا ما قلده القانون الجديد فتحوط له كما تحوط فى دعوى الإثراء (١) .

(١) ونسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت العلم حتى لو كان للدفع له سبب آتية بل وحتى لو استعمل طرق النشر للاستيلاء على ما أخذ . على أن محكمة النقض قضت فى ظل القانون القديم أن الدعوى تسقط بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (المدة القصيرة فى الدعاوى التجارية) متى كان للدفع له قد استعمل أساليب النشر حتى استغنى لنفسه ما أخذه من الدافع . وهذا هو البعد الذى قرره محكمة النقض : « إذا كانت المحكمة قد ارتكبت فى قضائها للدعى على الدعى عليه برد ما استلبه بطريق النشر على ما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى والتحققات المتعلقة بها من أنه قد استعمل أساليب النشر حتى استغنى لنفسه من الدعى بلا وجه حق ولا سوء المبلغ » ألزمت برده ، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التى يرسل بها الخصم إلى التدليس الذى ارتكبه . وإذا قبل الدعى بقوط هذه الدعوى لحضى خص سبب على اعتبار أن العلاقة بين الدعى والدعى عليه إنما كانت تجلياته لأن النشر الذى أثبتت المحكمة وقوعه يهدم كل اعتبار لهذه العلاقة » (نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٤ ص ٥٢٢) .

الفرع الثاني

القضالة (*)

(Gestion d'affaires)

٨٥٦- تتكلم في القضاة على أركانها ثم على أحكامها .

المبحث الأول

أركان القضاة

٨٥٧- النصوص القانونية : نصت المادة ١٨٨ من القانون المدني

الجليد على ما يأتي :

والقضاة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك (١) .

ونصت المادة ١٨٩ على ما يأتي :

(*) المراجع : دى هلنس الجزء الثانى (Gestion d'affaires) - واتون الجزء الثانى - الدكتور عبد السلام ذمى فى الالتزامات - الدكتور محمود حية فى الالتزامات - الدكتور محمد صالح فى أصول التصديقات - الموجز فى الالتزامات للؤلف - الدكتور حشمت أبو سنيت فى نظرية الالتزام - بلانويول ورييه وإسمان الجزء السابع - ديموج الجزء الثالث - بلانويول ورييه وبولانجيه الجزء الثانى - كولان وكايتان الجزء الثانى - جوسران الجزء الثانى - جويليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ - فيريوز (Vézios) رسالة من يوردو سنة ١٩١٢ - جيلو (Guillot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ - مارويت (Maruitta) رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٣٠ - بيكار (Picard) فى المجلة التمهيلية لقانون المدنى سنة ١٩٢١ ص ٤١٩ وما بعدها ، وسنة ١٩٢٢ ص ٥ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦١ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أبدلت كلمة «ملتزماً» بكلمة «ملزماً» . وأصبح رقمه ١٩٣ فى الممدوح التمهيدى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ١٩٣ . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ رأى سلطة رئيس اللجنة حذف المادة لأنها أوردت تعريف القضاة وأنه ليس من الحكمة إيراد التعريف فى القانون ، بل الحكمة تقضى بإيراد الأحكام فقط ، ولكن أغلبية اللجنة وافقت على إبقاء المادة . وأصبح رقمها ١٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل بمجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٦٥ - (٤٦٦) .

«تصحق الفضاة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه شأنًا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأين من ارتباط لا يمكن منه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (١)» .

ونصت المادة ١٩٠ على ما يأتى :

وتسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى (٢) .

ويقابل هذه النصوص التى اشتمل عليها القانون المدنى الجديد نص:

فى القانون المدنى القديم هو نص المادة ٢٠٥/١٤٤ ، وقد جرت ^٢مستحق على ومن قبل بالقصد شيئاً ترتب عليه منفعة لشخص آخرها ، بشرط ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والحمل إلى ذلك الشخص من ألا تتجاوز تلك المصاريف والحسارات قد -

المنفعة .

مضطرب المعنى ، فهو ليس صريحاً فى

ونص القانون القديم ، خصوصاً ، ولا هو يتمحض لقرار قاعدة

لاتصرف إلى الفضاة . وعموماً (٣) . وقد أزيلت نصوص القانون الجديد هذا الإجراء بلا سبب .

ربح النس : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٢ من المشروع التميدى على الوجه الآتى :
(١) «وم الفضاة حتى لو كان الفضولى مدفوعاً فى الوقت الذى يتولى فيه شأنًا لنفسه إلى القيام بشأن غيره بسبب وجود ارتباط بين الشأين لا يمكن منه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديلات لفظية ، فأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٩٤ على الوجه الآتى : «ثبت الفضاة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأنًا لنفسه قد اندفع إلى القيام بشأن غيره لما بين الشأين من ارتباط لا يمكن منه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر» . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٤ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة على المادة مع استبدال كلمة «تولى» بكلمة «قد اندفع إلى القيام» . وأصبح رقم المادة ١٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلها لجنة القانون المدنى . (عموماً الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٦٧ - ص ٤٦٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٤ من المشروع التميدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٩٦ فى المشروع التامى . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . ووافق عليه بعد ذلك مجلس الشيوخ دون تعديل . (عموماً الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٧٠ - ص ٤٧٢) .

(٣) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى قاعدة الإجراء بلا سبب . أنشأه مجلس ٢ ص ٢٩٥ فقرة ٤ - والنون ٢ ص ١٤٠ - ص ١٤١ - الموجز للوقت ٢ ص ٤٠٣ -

الايام والاضطراب (١).

٨٥٨ - أركان مَوْرَة للقضاة : ويتبين من هذه النصوص الجديدة

التي قدمناها أن القضاة تتحقق بقيام أركان ثلاثة (٢) :

(١) أن يقوم القضاة بشأن عاجل لشخص آخر . وهذا هو الركن المادى .

هو الركن يقصد : في قيامه بهذا الشأن العاجل ، مصلحة رب العمل . وهذا

(٢) ألا يكون

مضياً عنه . وهذا الركن هذا الشأن العاجل . ملتزماً به ولا موكلاً فيه ولا

ونستعرض هذه الأركان الثلاثة بطلب على الركن القانونى .

ص ٤٠٤ - الدكتور حشمت أبو سبيت بك م ٤١٠ قمر . - الدكتور عبد السلام
ذكى بك في الاتراعات قرة ٦٩٠ - الأستاذ بطوروس في قمر . - الدكتور عبد السلام
م ٤٢٣ في الملمس .

(١) جاء في الذاكرة الإيضاحية المقروءة في هذا الصدد ما يأتى :
الخبير المصرى المال (القديم) بشأن القضاة سوى نس واحد ، اختلطت فيه شروط القضاة بين
الإثراء بلا سبب . وقد استقبل المقروء بهذا النس سلكة متصلة الخلفات من المواد عرض
فيها لتحديد نطاق القضاة وأثرها تحديداً واضحاً . والمخ أن من الأهلية يمكن إيضاح ما يفرق
من الحدود بين مبدأ الإثراء بلا سبب في عمومته وبين القضاة باعتبارها تطبيقاً خاصاً لهذا المبدأ .
فيجب أن توافر شروط أربعة حتى يكون لواقعة من واقع الإثراء مشخصات القضاة ، وتمثل
أثرها تقريباً على ذلك . فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لم يكن ثمة محل لإعمال الأحكام
المنشقة بهذا التطبيق الملمس ، وتعين الرجوع إلى المبدأ العام . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢
م ٤٧٠) . وجاء في موضع آخر في هذا الشأن ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالقضاة فقد نس على
توافر صفة الاستعجال فيما يصدى القضاة للقيام به . فهذه الصفة هي علة ما يترتب على القضاة
من نياة قانونية ومنطقية ما يترفع عليها من حقوق والتمتات . وقد عني المقروء بإيضاح
الحدود التي تفرق بين نطاق تطبيق القضاة ونطاق تطبيق الإثراء بلا سبب ، وعلى وجه الخصوص
فيما يتعلق بأحوال القضاة التي يتولى فيها الشخص شؤون غيره مستقداً أنه يتولى شأنه ،
أو التي يصدى فيها الشخص لشؤون غيره متعاقباً في ذلك لإرادة هذا الغير . (مجموعة الأعمال
التوضيحية ٢ م ٤٤٠) .

(٢) وقد لحقت بمهمة استئناف مصر الأهلية أركان القضاة وأحكامها في حكمها الماحر
في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (المجلة ٧ رقم ٣٢٩ ص ٤٧٨) .

المطلب الأول

قيام الفضولي بشأن عاجل رب العمل

٨٥٩- عناصر هذا الركن : أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولي بشأن عاجل رب العمل . وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً أو يكون عملاً مادياً . وهو في الحالتين يجب أن يكون عاجلاً .

§ ١ - تصرف قانوني أو عمل مادي

١ - التصرف القانوني :

٨٦٠- كيف يقوم الفضولي بتصرف قانوني : يصحح أن يكون الفضولي وكيلًا في الأصل عن رب العمل ، ولكنه يجاوز حدود الوكالة عملاً بذلك أو غير عالم ، فهو فيها جاوز فيه هذه الحدود فضولي (١) . أو يستمر في العمل باسم الأصل بعد انتهاء الوكالة ، سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم ، فهو فضولي فيما قام به بعد انتهاء وكالته (٢) .

ولكن قد يعمل الفضولي دون وكالة أصلاً . فيقوم بتصرف قانوني باسم رب العمل . مثل ذلك أن يقبل هبة صلحت من الواهب إلى رب العمل ، أو أن يؤجر عيناً شائعة بينه وبين رب العمل (٣) ، أو أن يبيع محصولات

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية الوطنية بأنه إذا باشر الوكيل بالسوق منفعة ما بفروط أنيد لموكله عادت القائمة على الوكيل . فإن تسلّم ثمنًا للبيع يزيد على الثمن الحقيقي وحجبه لنفسه اعتبر خائنًا للأمانة وحق عليه العقاب (٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٠ ص ٧٨٧) .

(٢) فلو ما قضت به محكمة النقض من أن الوكيل الذي يظل يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع عليهم بذلك يكون وكيلًا عنهم لا مجرد فضولي (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

(٣) أقدر في فروض يكون فيها المالك في الشيوع فضوليًا : استئناف ولى في ٢ يناير سنة ١٨٩٦ الموافق ١١ ص ١٤٢ - استئناف مخطوط في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩١ - وفى ١٠ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٤ ص ٢٨٤ - وفى ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١ -

زراعية لرب العمل مما يسرع إليه التلف ، أو أن يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توقيماً للحجز الإداري (١) ، أو أن يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً لا يتحول عنه (٢) . ونرى من ذلك أن التصرفات القانونية التي يقوم بها القضولى قد تكون من أعمال الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف .

٨٦١- ما يترتب على صدور التصرف القانونى باسم رب العمل :

وقد قلنا أن القضولى يقوم بالتصرف القانونى باسم رب العمل ، كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة . ويترتب على ذلك :

(١) إذا توافرت جميع أركان القضاة الأخرى ، وقع التصرف نافذاً مباشرة فى حق رب العمل كما لو كان القضولى وكيلاً عنه . وسنرى تفصيلاً ذلك فيما يلى .

(٢) ليس من الضروري أن يكون القضولى ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانونى الذى تولاه باسم رب العمل ، شأنه فى ذلك شأن الوكيل . ويكفى

== محكمة الإسكندرية الابتدائية المخططة فى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ جلزت ٤ رقم ١٢٨ من ٣١٧ .

وفى إحدى القضايا أجر زيد أحد الشركاء فى ملك متاع قطعة أرض لى بسكر عن قبه وبالبناية عن شركائه ، واشتد فى عقد الإجارة دفع الأجرة إليه أو لى من يحوله بها ، وحول الأجرة لى عمرو . ومع ذلك دفع بسكر لى خالد أحد الشركاء فى الشيوع جزءاً من الأجرة يبادل نصيبه فى الملك المتاع . فرفع عمرو دعوى على بسكر يطالبه بالأجرة ، وكان خالد خصماً فيها ، وأقر خالد الإجارة ولم يقر التحويل . قضت محكمة الاستئناف الوطنية بصحة الدفع الحاصل من يسكر لى خالد (١٤ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١/٦٨) .

(١) استئناف مخطط فى ١٥ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للحاكم المخططة من ٩٩ .
(٢) مثل ذلك أيضاً أن يقضى القضولى حقاً لرب العمل نيابة عنه . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة . بأن التوكيل الذى يستعنه المتأجر من الباطن بسبب تعرض السلطة العسكرية له فى انتفاعه بالعين المؤجرة واستيلائها على هذه العين إنما هو دين يترتب فى ذمة السلطة العسكرية لا فى ذمة الملك . ومع ذلك إذا سوت السلطة العسكرية الحساب مع الملك ، ودخل فى هذا الحساب التوكيل الواجب للمتأجر من الباطن ، لم يكن لهذا الأخير إلا الرجوع على الملك باعتباره ضموياً باب عنه فى قبض حقه من السلطة العسكرية (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٢٥٢) . أقر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الإسكندرية الجزئية المخططة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جلزت ١٢ رقم ٨٨ من ١٥٨ .

أن يكون من أهل التمييز .

(٣) وعلى عكس ما تقدم يجب أن يكون رب العمل أهلاً للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه ، لأنه يقع نافذاً مباشرة في حقه كما قلنا (١) .

(٤) يخضع ، من ناحية الإثبات ، التصرف القانوني الذي تولاه الفضولي باسم رب العمل للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية . فإذا كان التصرف عقداً ، لم يجز إثباته فيما يجاوز عشرة الجنيات إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها وإلا بالإقرار أو اليمين .

ب - العمل المادى :

٨٦٢ - هو أنه يكون عمل الفضولي عملاً مادياً : هناك من يرى أن العمل الذي يقوم به الفضولي يجب أن يكون دائماً تصرفاً قانونياً قياساً على الوكالة (٢) . ولكن هذا الرأي مرجوح ، ويصح أن يقوم الفضولي بعمل مادى كما يقوم بتصرف قانونى ، وفي هذا تختلف الفصالة عن الوكالة .
والعمل المادى الذى يقوم به الفضولى قد يكون عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل ، وقد يكون عملاً مادياً في ذاته .

٨٦٣ - العمل المادى بالنسبة إلى رب العمل : فالفضولى عندما يتعاقد باسمه الشخصى ، أو باسم رب العمل ، بشأن عاجل من شؤون رب العمل ، يكون قد قام بتصرف قانونى فيما بينه وبين الغير الذى تعاقد معه . ولكن هذا التصرف القانونى يعتبر عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل . مثل ذلك أن يتعاقد الفضولى مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل من خلال يهبده بالسطوح ، أو أن يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض دمه واقتضاه إسعافاً سريعاً ، أو أن يتعاقد مع معلم يعطى دروساً خاصة لرب العمل ، أو أن

(١) أنظر مع ذلك بلانويول وبيير وبولانيه ٢قرة ١٧٢٣ ، وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليها هذا المرجع (٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٠ - ١٩١٢ - ١ - ٢٣٧) .

(٢) أنظر في بحث هذا رأى وقته والثون ٢ مر ١٥٩ - مر ١٥٢ .

يقوم ببلغ المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ،
أو أن يني بدين على رب العمل ليجنبه الحجز على ماله (١) .

ولما كان هذا التصرف القانوني الذي قام به القضولى يعتبر عملاً مادياً
بالنسبة إلى رب العمل ، فإنه يجوز لرب العمل في رجوعه على القضولى أن
يثبت هذا التصرف باليئة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات .
كذلك يجب أن يكون القضولى ذا أهلية كاملة للتصرف الذى تولاه ولا يكتفى
فيه أن يكون من أهل التميز ، وهذا إذا لم يتعاقد نائباً عن رب العمل ، بل تعاقد
باسم الشخصى ، فانصرف أثر العقد إليه ، وسرى فيما يلى تفصيل ذلك .

٨٦٤- العمل المادى فى ذاته : وقد يقوم القضولى بعمل مادى فى ذاته ،

كأن يقطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط لرب العمل ، أو أن يقيده رهناً
لمصلحة رب العمل ، أو أن يحدد قيد الرهن ، أو أن يطفىء حريقاً اشتعلت
فى منزل لرب العمل ، أو أن يبنى محصولاً لرب العمل ينشئ عليه إذا لم
يمن من التلف ، أو أن يتنى زراعة رب العمل من دودة القطن ، أو أن يكبح
جراح حصان أوشك أن يلقى براكيه إلى الأرض ، وما إلى ذلك من الأعمال
المادية التى تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل (٢) .

وغنى عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق ، ويدخل فى

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شريك فى الشروع باسمه الخاص ،
وعلى مرأى ومسمع من شريكه الآخر ، عصول القطن الناتج من الأرض الملوكة للشروع ،
كان فى تصرفه بالنسبة إلى شريكه قضولياً ينوب عنه فى البيع وفى قبض الثمن (١٧ ديسمبر سنة
١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩١) .

(٢) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة قيام مجلس الصحة البحرية والكورنيليت
بترحيل فريق من الحجاج جنحت بهم سفينتهم فأترتهم فى الحجر عملاً من أعمال القضاة ثم به
المجلس لمصلحة أصحاب السفينة المانعة (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) . وكذلك
اعتبرت عملاً من أعمال القضاة إدارة الشؤون المتعلقة بدير سيناء ، وهى شؤون كان الأرشيسونديت
يتولاهما فى مدينة كيف يختصى بتوكيل علم ، ثم اعتزل الوكالة ، ولكنه جنى بعد ذلك يدبر
هذه الشؤون دون وكالة لى أن احلت الجنود السوفيتية مدينة كيف (٢٣ يونية سنة ١٩٢٧
م ٣٩ ص ٥٧٤) . واعتبرت أيضاً عملاً من أعمال القضاة انحراف سفينة من طريقها العادى
لملوة سفينة أخرى والى بها إلى الميناء التى تهدمها (١٨ أبريل سنة ١٨٨٨ المجلوعة
الرسمية للحاكم المختلطة ١٣ ص ١٨٤) .

فك البينة والقرائن (١) .

٢٤ - شأن عاجل رب العمل

٨٦٥ - مجرد النفع لا يكفي : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي

وهي تذكر أركان القضاة إن من بين هذه الأركان « أن يكون ما يتصل به القضاة (شأنًا عاجلاً) ، فليس يكفي لتبرير القضاة أن يكون القضاة نافعاً أو مفيداً ، بل لا بد أن يكون ضرورياً (٢) .

وإن لا يكفي مجرد النفع أو الفائدة بحله القضاة لرب العمل . فلا يجوز مثلاً أن يقدم القضاة لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل مجرد أنها صفقة رابحة ، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل مجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع ، أو أن يقدم بناء على أرض قضاء مملوكة لرب العمل لمراد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالاً مفيداً ، أو أن يقدم مالا شائعاً لرب العمل لمراد أن يجنبه مضار الشبوع (٣) . في كل هذه القروض نرى أن عمل القضاة عمل نافع ، بل قد يكون عبق

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية « أن عمل شخص لمصلحة شخص آخر بقصد جلب المنفعة إليه يعد شبه عقد يرتب عليه التزام من عادت عليه المنفعة ولو كان عديم الأهلية يدفع مقابل ذلك الشخص الذي ترتب على فعله جلب المنفعة ، ويجوز إثبات شبه العقد هنا بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البينة وقرائن الأحوال ، فتحتبط الموقف فيه من حفظ الجثة من التلف الماحول ولا فيه من تسهيل نقلها من ديار القربة إلى الوطن حيث تقيم العائلة ، فيه ولا شك منفعة للعائلة التي ترغب بمقتضى الوثائق أو العقائد أن تكون الجثة مدفونة في ضريحها الخاص حيث تسهل زيارتها . وهذه المنفعة تولد شبه عقد يستحق مقابلاً . والتحتيط عمل مستقل من أعمال الطبيب لا يدخل فيها هو مسئول عنه للترتب من المصلحة أثناء حياته ، ولذلك فهو يستحق عليه أجراً مستقلاً ، وللمحاكم أن تحدد قيمته في حالة عدم الاتفاق عليه من قبل » (٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الموافق ١٨ من ١٠٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٧١ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القضاة لا يجوز له أن يتزل عن حق لرب العمل ، وبخاصة إذا كان هنا قد عاد من غيبته (٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧) — وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه لا يدخل في أعمال القضاة عقود القرض ولا عمليات البورصة (١٧ مايو سنة ١٩١٥ جلزيت ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٥٥) — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٣ .

القائلة ، ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل . فلا يجوز القضولى أن يتدخل فيها . وإذا تدخل فلا يكون فضولياً ، ولا يلزم رب العمل فى شيء ، بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسئولية التقصيرية . ولكن إذا رأى رب العمل أن يجوز تدخل القضولى ، فإن الإجازة تجعل العمل ينفذ فى حق المميز وفقاً للقواعد العامة .

٨٦٦- بل يجب أن يكون العمل « ضرورياً » : وإنما يتعين أن يكون العمل الذى يقوم به القضولى هو من الشؤون العاجلة لرب العمل . فلا يكتفى أن يكون نافعاً فحسب ، بل يجب أن يكون ضرورياً . ومعنى « الضرورى » هنا أن يكون العمل الذى قام به القضولى من الشؤون التى ما كان رب العمل ليتوانى فى القيام بها . قام به القضولى ناظراً إلى مصلحة رب العمل . نرى ذلك متحققاً فيما قدمناه من الفروض : قبول الهبة عن رب العمل ، إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستل بغير هذا الإيجار ، بيع عصولات يسرع إليها التلف ، دفع ضريبة توقيماً للحجز إدارى ، قبول اشتراط لمصلحة رب العمل ، التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط ، التعاقد مع طبيب لإسعاف رب العمل من مرض دمه ، التعاقد مع معلم لإعطاء درس ضرورى لرب العمل ، دفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، الوفاء بدين على رب العمل منعاً للحجز على ماله ، قطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط . قيد رهن أو تجديد القيد ، إطفاء حريق ، جنى محصول يخشى عليه من التلف ، تنقية الزراعة من دودة القطن ، الإمساك بزمام حصان جامع . كل هذه أعمال - قانونية أو مادية - هى من الشؤون العاجلة لرب العمل ، وما كان هو ليتوانى فى القيام بها .

ويقهر مما قدمناه فى تحديد معنى « الشأن العاجل » أن قيام القضولى بهذا الشأن ، إذا هو بذل فيه العناية الواجبة ، يؤدى إلى نفع محقق لرب العمل . ومن هنا اشترط بعض الفقهاء فى الفضالة أن يتم عمل القضولى بنجاح (١) .

(١) أنظر فى هذه المسألة محكمة الاستئناف المختلة فى ٥ يونية سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلة ٣ من ٢٧٩ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٣٣٨ - وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٦٩ . وانظر بلانول وريبير ديولانجيه ٢ فقرة ١٢١٦ .

ومنى قام القضولى بالعمل الذى تولاه، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل، فإنه يستوى بعد هذا أن يبقى هنا النفع أو يزول . فلو أن القضولى أصلح منزلاً لرب العمل ، ثم احترق هذا المنزل ، لبقى القضولى حتى الرجوع على رب العمل بما أنفق من المصروفات . وهذا هو عين المبدأ الذى قررناه فى قاعدة الإثراء بلا سبب . ونعود إلى تفصيل ذلك فيما يلى .

المطلب الثانى

نية القضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل

٨٦٧- هذا هو الركن المئوى فى القضاة كما قلنا . وتقف هنا عند النية والقصد . فلا تقوم القضاة إلا إذا انصرفت نية القضولى، وهو يتولى شيئاً لغيره ، إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل . والقضولى فى هذه النية إما أن يكون على بينة من أمره ، وإما أن يكون على غير بينة .

١٥- القضولى على بينة من أمره

٨٦٨- القصر عن القضولى هو الذى يميز القضاة عن الأجراء بسبب: يطلب أن يكون القضولى على بينة من أمره ، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل . وهذه النية هى التى تميز ما بين القضاة والإجراء بلا سبب (١). والقضولى إنما يعرف بهذه النية ، فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحة نفسه بل يعمل لمصلحة غيره . وقد رأينا ذلك محققاً فى أعمال القضاة التى استمرضاها فيما تقدم . والقضاة من التفضل لا من التطفل .

== ولكن ليس من الضروري أن يعمل نجاح القضولى إلى حد تحقيق النتيجة المرجوة من فعله ، فقد نصت المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر القضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص المادى ، ولم تحقق النتيجة المرجوة » . (١) ونميز أيضاً ما بين القضاة والاعتراف لمصلحة الغير . فقد رأينا فى الاشتراط لمصلحة الغير أن التفرط له مصلحة شخصية فى الاشتراط ، أما القضولى فليس له مصلحة شخصية فى القضاة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل .

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه ، فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله على الغير بفتح . ولا يرجع في هذه الحالة بدعوى الفضالة ، وإنما يرجع بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . مثل ذلك أن يقوم المستأجر بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة حتى يستوفى منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً لأنه يعمل لمصلحة نفسه ، ويرجع على المالك بدعوى الإثراء كما قلنا (١) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن « عمل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضول هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضول لحساب المالك لا لحساب الغير لفرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فتأجر الأرض التي يجري تحصيلات بها ويتم مآل ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصي ، رغم الخطر الصريح عليه في عقد الإيجار بعدم إجراء شيء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات في العين المؤجرة » (٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ من ١٧٥ — المجلد ١٨ رقم ٧٢ من ١٥٠) . وقضت محكمة النقطة بأن « أعمال الفضول ... شروطها أن يكون الفضول قد انصرف جهده وأجبه غرضه في عمله إلى منفعة رب المال ، وأن يكون قد عاد على هذا الأخير فائدة مباشرة لم تكن وليدة المصادفة ، فلا يجوز لمن قام بعمل لفائدة نفسه أن يرجع على غيره لمجرد أنه استفاد من عمله بالجهة » (٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المجلد ١٦ رقم ٢٣٣ من ٥٣٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حامل السند الذي يخاض الشركة عن سنده لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى سائر حامل السندات (٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٣٢٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا قدم الصريك حصته في الشركة عقلاً متلاً بمحكمة فإنه لا يكون ملزماً بشراء المحرك ولا برد الثمن الذي رأت المحكمة أن تشتري به المحرك ، وكل ما تملكه الشركة قبله هو أن ترجع عليه بدعوى الإثراء لما ألقاه من تخليس الظاهر من حق المحرك (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٤ من ١٩٥) ، ولم تعتبر المحكمة الشركة فضولياً لأنها عملت لمصلحة نفسها لا لمصلحة الصريك — انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١١٣ ، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ من ٢٦٥ . وانظر في القضاء الفرنسي محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يونيو سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣-١-٢٢٣ — سيميه ١٩٢١-١-١٢ (وهو منشور في « الأحكام الرئيسية للقضاء المدني » لكايان بلريس سنة ١٩٥٠ من ٤٢٧ — من ٤٢٩ — وقد أشار للمحكم آخر من محكمة النقض الفرنسية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ من ٩٨ — وأشار إلى: كولان وكايان ٢ قرة ١٣٧٥ — بلانوي وريير وبولانجي ٢ قرة ١٢١٣ — بلانوي وريير وإسمان ٧ قرة ٧٢٧ — بوردو وبارد ٤ قرة ٢٧٩٢ — أوربي وروو ٦ قرة ٤٤١ من ٢٩٥ — من ٢٩٦) .

٨٦٩ - جواز أنه يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في

وقت معا : وليس من الضروري أن تتمحض نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده ، بل يجوز ، كما تقول المادة ١٨٩ ، أن تحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه شيئاً لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر . فالشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة : فيستلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه في الشيوع . فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك ، ولا يمنع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه ، بل لا يمنع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولاً ، وأنه ما كان يعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو . فالهم أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعى منه ، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه (١) . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « بيد أن الأمر يظل محصوراً في نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة ، ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد بسبب ارتباط هذين الشائين على نحو لا يتيح له القيام على أحدهما استقلالاً عن الآخر ، كما هو شأن الشريك المشتاع عند إدارة المال المشتاع (٢) » .

٢٤ - الفضولي على غير يئنه من أمره

٨٧٠ - لا يكونه فضولياً من علم أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذابه يعمل

لمصلحة غيره : وقد لا يكون التدخل في شؤون الغير على يئنه من أمره ،

(١) ولكن إذا عمل سمار لمصلحة أحد المتباينين حتى تمت الصفقة فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتباين الآخر (استئناف مخطط في ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٩) . وكذلك إذا عمل عام لمصلحة موكله حتى كب القضية فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتباين الآخرين الذين لم يوكلوه وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف مخطط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

تتصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره . فلا يكون فضولياً في هذه الحالة لأن العبرة بالنية . ففى انصرفت نيته إلى العمل لمصلحة الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضولى ، حتى لو كشف بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره في وقت واحد . فلو أن منزلاً كان في حيازة شخص واعتقد الحائر أنه يملك المنزل ، فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو ، ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره ، فلا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى هذا الغير ، ولا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . وفي هنا تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى (١) : «تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه» . وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ، وهي تستعرض ركناً من أركان الفضالة ، ما يأتي : «ثالثاً - أن يتصدى الفضولى لشأن الغير عن بينة أو عن قصد ، ومؤدى هذا أن تتصرف نية الفضولى إلى القيام بما يتصدى له لحساب رب العمل ، فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولى وهو يتولى شأن الغير أنه يقوم بشؤون نفسه خرج الأثر عن نطاق الفضالة وطئت قواعد الإثراء (٢)» .

٨٧١ - ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به

يعمل لمصلحة شخص آخر : أما إذا انصرفت نية التدخل إلى العمل لمصلحة غيره فإنه يكون فضولياً كما قلنا ، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل ، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر (٣) . فالهم هو أن تتصرف نية

(١) وقد حذف هذه المادة بقرنها في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لأنها تتصدى لجزيئات يدخل بعضها في نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البنى الأخرى من الأحكام الملمحة في مواد الإثراء بلا سبب» - (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . وانظر في هذه المسألة استثناء مخطئ في

٢٢ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦١ ص ٨٩١ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٧ .

(٣) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩١٦ جازت ٦ رقم ١٢١

الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير ، لا لمصلحة شخص معين بالذات . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإذا كانت تلك النية (نية العمل لمصلحة الغير) ضرورية من هذا الوجه ، فهي بمجرد كافيّة دون حاجة إلى اشتراط انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته . ففى قصد الفضولى إلى التصدى لشأن الغير ، يبق قائماً بعمله ، ولو أخطأ فى شخص رب العمل . وفى هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقى ما يترتب على الفضالة من حقوق ، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات (أنظر المادة ٦٨٦ من التقنين الألمانى والمادة ١١٩١/٩٥٥ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٣ من التقنين اللبنانى) » (١) .

المطلب الثالث

الفضولى يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منعه عنه

٨٧٢- هذا هو الركن الثالث للفضالة ، وهو الركن الذى يحدد الموقف القانونى لكل من الفضولى ورب العمل من الشأن العاجل الذى قام به الفضولى .

أما موقف الفضولى من هذا الشأن العاجل فيتلخص فى أنه لم يكن ملتزماً به قبل أن يتولاه . وأما موقف رب العمل فيتلخص فى أنه لم يأمر الفضولى أن يقوم به ولم ينه عن ذلك .

§ ١ - موقف الفضولى من الشأن العاجل

٨٧٣- لا يعتبر فضولى من يكون ملتزماً بتولى شأن الغير: جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى معرض ذكر أركان الفضالة ، ما يأتى : « رابعاً - أن يتولى الفضولى شأن الغير دون أن يكون ملتزماً بفلك . وقد فصل التقنين اللبنانى هذا الشرط فنص فى المادة ٦٧٧ على إثبات صفة الفضولى

لم يتولى شأنًا لحساب الغير دون أن يוכלه هذا أو دون أن يكون ملزمًا قانونًا بذلك . وتبسط التقنين المتساوي في هذا الشأن فنص في المادة ١٠٣٥ على إطلاق صفة القضولى بمن يقوم بشأن الغير (غير مأذون بمقتضى اتفاق صريح أو ضمنى أو أمر من محكمة أو نص في القانون) . وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضوليًا من يكون ملزمًا بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحارس أو بمقتضى نص في القانون كالوصى (١) .

ويتبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب، حتى يكون فضوليًا ، ألا يكون ملزمًا من قبل أن يقوم بهذا الشأن ، لأنه إذا كان ملزمًا به فهو ليس بفضولى يتبرع بالعمل لمصلحة الغير ، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن .

ويتربط على ذلك أن المفاوض إذا تعاقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء في أرضه ، فإن المفاوض لا يعتبر فضوليًا ، لأنه ملزم بإقامة البناء بمقتضى عقد المفاوضة . كذلك الحارس القضائى وهو يدبر العين المتنازع عليها لا يعتبر فضوليًا لأنه ملزم بإدارة العين بمقتضى أمر القاضى . والمتبوع إذا دفع تمويضاً عن الضرر الذى أحدثه تابعه لا يعتبر فضوليًا لأنه مسئول بحكم القانون عن هذا الخطأ .

٢٤ - موقف رب العمل من الشأن العاجل

٨٧٤ - سبب العمل بوصفه بغيره : قلنا إن موقف رب العمل من

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٤٧٢ . ويلاحظ أن التزام الوكيل بالقد ، على ما جاء في الذكر الإيجابية ، هو التزام يجوز للوكيل الرجوع فيه لأن الوكالة عقد غير لازم . وتؤثر أن يكون استبعاد الوكيل عن نطاق القضاة آتياً من طريق أنه مأمور من رب العمل لا من طريق أنه ملزم بمقتضى العقد ، كما سئرى .

هذا والكيل إذا طلوع لكافة المدين ، دون أمر منه أو نهى ، كان فضوليًا ، والعمل الذى قام به لمصلحة المدين هو التزامه نحو اثباتى بوفاء الدين إذا لم يف المدين به . والكيل فى هذه الحالة ، إذا هو دفع الدين ، أن يرجع على المدين بدعوى الضالة . أما إذا كان الكيل مأموراً من المدين بالكافة ، فكفل الدين ثم دفعه للدائن ، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الوكالة ، ولا يكون فضوليًا فى هذه الحالة . وكذلك لا يكون فضوليًا إذا نهاء المدين عن الكافة ، ولكنه كفل الدين بالرغم من هذا النهى ودفعه للدائن ، ويرجع فى هذه الحالة على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب .

الفضولي في هذا الشأن العاجل هو موقف من لم يأمره بتولى العمل ولم ينه عنه. وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولي قد تولى شيئاً عاجلاً من شؤونه ، لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه نفسه ، فيتولاه الفضولي عنه . وهذه هي الحالة الغالبة في الفضالة . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والغالب أن يجهل رب العمل تصدى الفضولي للقيام بهذا العمل (١) » .

٨٧٥- سبب العمل بعلمه بالفضالة : ولكن قد يقع أن رب العمل يكون عالماً بأن الغير يتولى شيئاً من شؤونه العاجلة ، فإذا كان هو الذى دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلاً لا فضولياً (٢) . وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة ، فيجوز أن رب العمل لا يدعو الفضولي إلى تولى شؤونه ، ولكنه يميز عمله بعد ذلك ، فيصبح الفضولي بهذه الإجازة وكيلاً . وفي هذا تقول المادة ١٩٠ التى سبق ذكرها : « تفسى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي » . وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة ، إذ أن الإجازة لها أثر رجعى (٣) . ويستثنى الغير من ذلك ، فلا يكون للإجازة أثر رجعى بالنسبة إلى الغير إلا من وقت صلورها . ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل في شؤونه فضولياً استوفى شروط الفضالة ، أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلاً ، ففى الحالتين تجعل الإجازة المتدخل وكيلاً إذا كان العمل الذى قام به تصرفاً قانونياً (٤) . وهذا ما نقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٧ ص ٥٣٧ . ويشترط حتى يكون الغير وكيلاً أن يكون العمل الذى يتولاه هو تصرف قانونى .

(٣) ويجوز مع ذلك ألا يكون رب العمل أهلاً لتصرف الذى قام به الفضولي وقت قيام هذا به ، مادام يصبح كامل الأهلية وقت الإجازة ، فإن الفاصر يسقط عند بلوغ سن الرشد إجازة التصرف التى صدرت وهو فاصر (أنظر فى هذا المعنى بلاتول وريير وبولانيه ٢قرة ١٢٢٤ ص ٤٢٢) .

(٤) وللإجازة قائمة عملية تظهر فيها إذا كان هناك شك فى أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضالة ، فإجازة رب العمل لتدخل الغير تطلع كل شك وتعمل الصرف المجلز سلباً فى حق المميز (أنظر فى هذا المعنى بلاتول وريير وبولانيه ٢قرة ١٢٢٤ ص ٤٢١) .

الثاني : وإذا أجاز رب العمل القضاة صراحة أو ضمناً سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولي من حقوق والتزامات من بدء القضاة . ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها (أنظر المادة ١١٩٤/٩٥٨ من التقنين التونسي والمراكشي والمادة ١٥٤ من التقنين اللبناني) ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ، ولو كان الفضولي قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه (المادة ٦٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٢٠ من التقنين البولوني) . ويراعى في الحالة الأخيرة أن الوضع الذي تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور القضاة ، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب (١) .

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولي العمل الذي قام به ، بل على العكس من ذلك ناه عن التدخل في شؤونه ، فلا يكون الغير فضولياً (٢) ، ويجب عليه الامتناع عن التدخل ، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسؤوليته التصديرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل . وإذا عاد بالمنفعة ، فإنه لا يرجع بدعوى القضاة ، بل بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بهذه الأحكام ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ ، وقد حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وكانت تجري بما يأتي : « وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص في شأن لغيره مخالفاً في ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة (٣) » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . ويلاحظ أن القضاة لا تتطلب وكالة في جميع الصور الضمنية إلا إذا كان السبل الذي يتولاه الفضولي هو تصرف قانوني .

(٢) استئناف مخطوط في ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٢ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٩٢ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ - وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ .

(٣) وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص هو المادة ٢٦٣ من هذا المشروع . وقد جرى هنا النص على الوجه الآتي : ١ - « تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره مضطراً أنه يقوم بشأن نفسه » ٢ - « وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص في شأن لغيره مخالفاً في ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ومع ذلك تطبق قواعد القضاة ، ولا يمتد بهذه الإرادة المخالفة ، إذا كان من تدخل في شؤون غيره قد أراد بهنا التدخل أن يمدح لجهة القضاء وجود -

يقى القرض الثالث ، وهو أن يكون رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل فى شؤونه ولم يمنعه من ذلك . فإذا وقف رب العمل من التدخل هنا الموقف السلبى ، لا يأمره بالتدخل ولا ينهه عنه ، كان هنا هو مجال الفصالة ، واعتبر التدخل فضولياً . وفى هذا قول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « فإذا علم (رب العمل) بذلك ولم يفصح عن موقفه من طريق المعارضة أو الإقرار ، بقيت لقواعد الفصالة ولايتها ، ووجب تطبيقها (١) » .

ومن ثم نرى أن الفصالة لا تقوم إلا فى فرضين من الفروض المتقدمة :
(١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولى (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سلبياً ، لا يأمر به ولا ينهى عنه .

== الزام فرضه القانون على رب العمل وقتت بأدائه مصلحة عامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بجهاز البيت . وقد أدخلت لجنة للراجعة تعديلات فطيلة على هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩٥ . ولا عرض النص على لجنة القانون للدنى بمجلس الشيوخ ، رأيت اللجنة حذره لأنه يتصدى لمزيمات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإجراء بلا سبب . ووافق مجلس الشيوخ على الخلف .

ولا شك فى أن تطبيق القواعد العامة تنعم لاستنباط الأحكام الرئيسية التى اشتملت عليها النص . فالشخص الذى يقوم بشأن لغيره مستقداً أنه يقوم بشأن نفسه لا يكون فضولياً ، بل يرجع بدعوى الإجراء بلا سبب . كذلك يرجع بدعوى الإجراء بلا سبب من يدخل فى شؤون غيره عائقاً فى ذلك لإرادة هذا الغير حتى لو كانت هذه الإرادة مفروضة . ولكن النص استثنى من القاعدة الثانية حالة ما إذا كان التدخل قد اقتضت حاجة ملحة من وجود الزام قانونى فى ذمة رب العمل تنضى بأدائه المصلحة العامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بجهاز البيت ، فإذا تدخل شخص وأدى عن رب العمل الزامه بالنفقة نحو من يجب عليه نفقة ، أو قام بجهازيت يلتزم رب العمل شرعاً بجهازه ، فإن هذا الشخص يتبر فضولياً فى هذه الحالة حتى لو نهى رب العمل عن التدخل وعن أداء هذا الالتزام القانونى . وعلة هذا الحكم مفهومة ، فإن الفضولى إنما يقوم عن رب العمل بالزام قانونى تنضى المصلحة العامة بأدائه ، فلا يمتد فى هذه الحالة ينهى رب العمل الفضولى عن أداء هذا الالتزام . ولكن أيكفى أن تكون علة الاستثناء مفهومة ؟ وأليس من الواجب ، إذا أريد الاستثناء من قاعدة عامة ، أن ينص على هذا الاستثناء ؟

(أنظر فى المسألة مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٤٦٧ هامش رقم ١ و ٤٧٠ - ص ٤٧١) .

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٤٧٠ .

المبحث الثاني

أحكام الفضالة

٨٧٦ - التزامات الفضولي والتزامات رب العمل : الفضالة ، إذا توافرت أركانها على النحو الذى قلناه ، ترتب التزامات فى جانب الفضولى وأخرى فى جانب رب العمل .

المطلب الأول

التزامات الفضولى

٨٧٧ - ماهية هذه الالتزامات وما هو مصدرها : يلتزم الفضولى بما يأتى :

- ١ - أن يعضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .
- ٢ - أن ينظر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك .
- ٣ - أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى .
- ٤ - أن يقدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة .

ومصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادى إرادى يقوم به الفضولى فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات (١) . وهذا ظاهر إذا كان العمل الذى يقوم

(١) جاء فى الذاكرة الإيضاحية للشروع التميدى فى هذا الشأن ما يأتى : « يعتبر القانون مصدراً مباشراً لالتزامات الفضولى ، ولو أنها تنشأ بتناسبة عمل إرادى » (مجموعة الأعمال التصديرية ص ٤٧٣) . ويريد بالعمل للمادى الإرادى هنا أن اتقى إرادته الفضولى هو العمل المادى ، لا الالتزامات التى يرتبها القانون على هذا العمل (قانون الدكتور أبو عافية فى التصرف القانونى المجرى النسخة العربية ص ١٧ - هامش رقم ٧) . ولا يجوز القول إن القانون مصدر غير مباشر لالتزامات الفضولى وأن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادى الإرادى الصادر من الفضولى فإن القانون لم يصل بعد إلى أن يجعل من العمل المادى الإرادى مصدراً علماً للالتزام ، كما فعل فى القيد وفى العمل غير المشروع وفى الإبراء بلا سبب . والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة ، هى العمل المادى الصادر من الفضولى بغير موطن المعروفة ، -

به الفضولى هو عمل مادى فى ذاته . وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولى هو تصرف قانونى ، سواء عقده باسمه الشخصى أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، فى الحالتين يعتبر قيام الفضولى بإتمام هذا التصرف القانونى عملاً مادياً فى العلاقة ما بين الفضولى ورب العمل ، وإذا كان العمل يعتبر تصرفاً قانونياً فى العلاقة ما بين الفضولى والغير إن كان الفضولى عقده باسمه الشخصى ، وفى العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولى عقده باسم رب العمل .

ونستعرض : (أولاً) التزامات الفضولى الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفضولى وبالأثر الذى يترتب على موت الفضولى أو موت رب العمل ويتقدم هذه الالتزامات .

١٤ - للالتزامات الفضولى الأربعة

١ . الالتزام الأول - مضى الفضولى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه :

٨٧٨- جاء فى المادة ١٩١ ما يأتى : «يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه(١)» . وقد أراد المشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل فى شؤون الغير عن خفة واستهتار . فمن تدخل فى شأن لغيره من غير أن يدعى لذلك وجب عليه ألا يتدخل عن العمل متى بدا له أن يتدخل ، بل يلتزم بالمضى فيما بدأه رعاية لمصلحة رب العمل ، وهى المصلحة التى قصد الفضولى أن يرضاها . ولكن لا يلتزم الفضولى بإتمام العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . فإذا تمكن من ذلك - وسرى أن الفضولى يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع - سقط عن الفضولى التزامه بإتمام العمل بل التزامه بالمضى فيه ، وأصبح من واجب رب

الالتزامات معينة ، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى ، كواقعة الجوار وواقعة القرابة . فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها ، ويستر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات . وسنصل ذلك عند الكلام فى الالتزامات التى تنشأ من القانون (أنظر فى رأى الآخر مذكرات مطبوعة للدكتور وديع فرج ص ٢٩ - ص ٣٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٥ من المشروع التمهيدي بتغيير لفظي -

العمل ، ومن حقه في الوقت ذاته ، أن يباشر شؤونه بنفسه ، وأن يتدخل له الفضولي عن ذلك .

وإذا كان العمل الذي تولاه الفضولي عملاً مادياً ، كتنقية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق ، وجب على الفضولي المضي في تنقية الزراعة أو في إطفاء الحريق حتى يأتي رب العمل ويباشر العمل بنفسه . أما إذا كان العمل الذي تولاه تصرفاً قانونياً - سواء عقده باسم رب العمل أو باسمه الشخصي - فواجبه هنا أيضاً أن يمضي في عمله ، فيتم إبرام التصرف القانوني ، ويقوم بالإجراءات التي يوجبها القانون كتسجيل التصرف أو قيده ، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذا اقتضى الأمر ، فيؤدى ما أنشأه التصرف من التزامات ، ويطالب بما رتبته من حقوق ، باسم رب العمل أو باسمه الشخصي على حسب الأحوال . كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذي عقده الفضولي نيابة عنه ، فيمضي في الإجراءات أو في التنفيذ بنفسه . أما التصرف الذي عقده الفضولي باسمه الشخصي فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسؤول عنه شخصياً ، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتي .

ب . الالتزام الثاني - إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك :

٨٧٩- ولا يكفي أن يمضي الفضولي في العمل الذي بدأ به حتى يتمكن

رب العمل من مباشرته بنفسه ، بل يجب إلى ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك ، فيستطيع رب العمل بعد هذا الإخطار أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه . وقد رأينا أن هذه المباشرة إذا كانت واجبا عليه فهي أيضاً حق له . وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشطر الثاني من المادة ١٩١ إذ تقول « كما يجب عليه (أي على الفضولي) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك(١) » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية

= طيف . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال تعديلات لفظية . نسخة تحت رقم ١٩٧ في المروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ١٩٧ . كما وافق عليه كل من لجنة القانون للذين بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩١ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٧٣ - ص ٤٧٤) .
(١) أنظر فقرة ٨٧٨ في الهامش .

المشروع التمهيدى (١) في هذا الصدد ما يأتى : « ويلاحظ أن الفصولى يلزم بالمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . ولما كان لرب العمل أن يكف الفصولى عن التدخل فيما تصدى له ، لذلك كان من واجب الفصولى أن يخطره بتدخله فى أول فرصة تتاح له . ومضى تبصر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك . وغنى عن البيان أن الفصولى ليس مطالباً أن يبذل جهداً غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله ، بل هو مطالب أن ينتهر أول فرصة مقولة تتاح له حسب الظروف التى تحيط به لقيام بهذا الإخطار .
ج . الالتزام الثالث — بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل :

٨٠- انتهى القانونى : تنص المادة ١٩٢ على ما يأتى :

- ١- يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى . ويكون مسئولاً عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن يتقص التوىض المرتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك .
- ٢- وإذا عهد الفصولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه . دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب .
- ٣- وإذا تعدد الفصوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ من ٤٧٣ .

(٢) تاريخ النسخ : «ورد هذا النص فى المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
١- يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ٢- ويكون مسئولاً عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن يتقص التوىض للترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى سبقت إلى القيام بالعمل تخفف ذلك . ٣- وإذا عهد الفصولى إلى غيره بكل ما يتولاه أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . وإذا تعدد الفصولى كان الجميع متضامنين فى المسئولية . ٤- ثم قدمت لجنة المراجعة النص تحت رقم ١٩٨ فى المشروع لتتألف بالصيغة الآتية : ١٥- يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ويكون مسئولاً عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن يتقص -

وهذا النص يشتمل على أحكام هامة في الفصالة (١). فهو : (١) يرسم

= التمييز المرتب على خطه إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضي ذلك .
٢ - وإذا عهد الفضول إلى غيره بكل العمل أو بيضه كان مسؤولاً عن تصرفات تابعه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا التائب . ٣ - وإذا تعدد الفضوليون كانوا متضامنين في المسؤولية . - وقد وافق مجلس النواب على المادة كما وردت في المشروع النهائي دون تعديل تحت رقم ١٩٨ - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تبنت المادة ١٩٨ ، واقترح حذف عبارة « وأن يتابع بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة » الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة لأنها تورد مبالاً شخصياً يوقع في إشكالات كثيرة . واقترح كذلك الاكتفاء بالميلار المادي الوارد في صدر هذه الفقرة وتمديد باقي الفقرة إلى ما يأتي : « ويكون مسؤولاً عن خطئه ، ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التمييز المرتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » . كما اقترح حذف الفقرة الثانية لأنها تطبق للقواعد العامة وقواعد مسؤولية التبوع عن تابعه . واعترض على صياغة الفقرة الثالثة لأنه يجب أن يكون هناك ارتباط في العمل بين الفضولين ، وإذا كان التصود منها أن تطبق في حالة ما إذا لم أكثر من واحد بميل واحد فن الواجب إظهار هذا الحكم . واقترح أن يكون نصها كالآتي : « وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية » . وبذلك أصبح نص المادة ١٩٨ كالآتي : ١٥ - يجب على الفضولي أن ينفذ في القيام بالعمل غاية الشخص المادي ويكون مسؤولاً عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التمييز المرتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك . ٢ - وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية . وفي جلسة أخرى من جلسات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تبنت المادة ١٩٨ ورأت اللجنة بعد مناقشتها لإرجاع الفقرة الثانية منها وكانت قد حذفها ، وبسبب ذلك أن الصفاة عمل قائم بذاته يحتاج إلى شيء من الناية في التصور الخاصة به . وقالت اللجنة في تقريرها ما يأتي : « حذفت اللجنة من الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « وأن يتابع بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة » واكتفت اللجنة بأن ينفذ الفضولي في القيام بالعمل غاية الشخص المادي ، واستبدلت في الفقرة نصها بعبارة « إذا كانت الظروف تبرر ذلك » بعبارة « إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضي ذلك » . وقد تكون هناك ظروف غير التي دفعت الفضولي إلى القيام بالعمل وتقتضي في الوقت نفسه إقصاء التمييز . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تحسناً مع ما عليه المادة » . وأصبح رقم المادة ١٩٢ - ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التوضيرية ٢ ص ٤٧٤ - ص ٤٧٨) .

(١) أنظر ما يتناولها في التفتتات الأجنبية المادة ٦٣ من المشروع الفرنسي الإطالي والمادة ١٣٧٢ و ١٣٧٤ من القانون الفرنسي والمادة ١٨٩٠ من القانون الإسباني والمادة ١٥٦ من القانون اللبناني والمادة ٦٨١ من القانون الألماني والمادة ٤٢٠ من قانون الانزالجات السويسري .

ولا يخالف في القانون المصري القديم لهذا النص الجديد إلا المادتان ١٤٩/٢١٠ من القانون =

معيار الخطأ في الفضالة وما يترتب من المسؤولية على هذا الخطأ . (٢) وبين أحكام نائب القضولى . (٣) ويقرر التضامن في المسؤولية إذا تعدد القضولى .

٨٨ - الخطأ في الفضالة : لا يلزم القضولى بالوصول إلى النتيجة المرجوة ،

بل يلزم ببذل عناية الشخص العادى للوصول إلى هذه النتيجة . فالإلزام ليس إلزاماً بتحقيق غاية ، بل هو إلزام ببذل عناية (١) .

ومعيار خطأ القضولى هو كمعيار الخطأ العقلى ويقاس على خطأ الوكيل إذا كان مأجوراً (م ٧٠٤ قرة ٢) . فيجب ألا يتحرف القضولى في القيام بعمله عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وأى انحراف عن هذا السلوك يكون خطأ يوجب مسؤوليته (٢) . وليس هذا الخطأ خطأ عقدياً لأن إلزام القضولى ببذل عناية الرجل العادى ليس إلزاماً عقدياً ، ولا هو خطأ تقصيرى لأن مسؤولية القضولى ليست مسؤولية تقصيرية إلا إذا ارتكب خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة . وإنما هو خطأ في الفضالة ، معياره هو عين معيار الخطأ العقلى والخطأ التقصيرى . وخصوصية هذا الخطأ أن المسؤولية عنه قد لا تكون كاملة ، إذ يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما تبرر الظروف التخفيف من مسؤولية

القديم ، وهذا هو نصها : «الالتزامات الناشئة عن الأفعال في الأحوال المتقدم ذكرها (وهي حالة الفضالة وحالة استرداد غير المحتق) لا يترتب عليها تضامن فاعليها» . ونرى من ذلك أن القانون القديم لم يمرض في هذا النص إلا لتضامن القضولين في المسؤولية فتنى هذا التضامن على خلاف ما قرره القانون الجديد . أما الأحكام الأخرى — معيار الخطأ وما يترتب عليه من مسؤولية القضولى وأحكام نائب القضولى — فلم يمرض لها القانون القديم ، ولكن القضاء وافته بمصر كأنه يقران دون نص ، ومن طريق تطبيق القواعد العامة ، الأحكام التى وردت في نصوص القانون الجديد إلا ما كان منها يحتاج في تقريره إلى نص كرجوع رب العمل على نائب القضولى بدعوى مباشرة .

(١) وإذا كان عمل القضولى هو تصرف قانونى يبرمه باسمه الشخصى أو نيابة عن رب العمل ، فلا يترتب إبرام هذا التصرف هو النيابة المرجوة ، بل هو الوسيلة لإدراك هذه النيابة . يبقى إذن إلزام القضولى ، حتى في هذه الحالة ، إلزام عابى لا إلزام عابى .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى (م ٢٦٦) يوجب أن يتابع القضولى بين عمله وبين لإرادة رب العمل ، معروفة كانت هذه الإرادة أو منمضة . وقد رأينا أن لجنة القانون الدنى مجلس النيوخ حذفت هذا الحكم لأنه «يورد مبالغة شخصياً يوقع في إشكالات كثيرة ، ورؤى الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد في صدر القرة ، وهو معيار السلوك المألوف للرجل العادى» .

الفضولي إذ هو متغفل لتدخل لرعاية مصلحة رب العمل . فإذا كان تتدخل لدفع ضرر داهم يهدد رب العمل ، ففي هذا الظرف الذي ساقه للتدخل ما يشفع له إذا ارتكب خطأ في عمله وانحرف قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادي ، فيكون هذا سبباً لتخفيف المسؤولية وإتقاص التويض (١) . وقد تكون ظروف أخرى ، غير تلك التي ساقته للتدخل ، سبباً في تخفيف المسؤولية . فالفضولي الذي يعتمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية ، ثم يبحث عن مواد كيماوية يكمل بها التنقية ، فيجد ظرف يجعل الوصول إلى هذه المواد يتطوى على شيء من المشقة يحجم عندها عن المضي في عمله ، فينحرف بذلك قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادي ، قد يخفف القاضي من مسؤوليته عن هذا الخطأ بسبب الظرف الذي جد وجعل الوصول إلى المواد الكيماوية أمراً شاقاً (٢) .

وقد يرتكب الفضولي خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة يضربه رب العمل ، فيكون مسئولاً عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك أن يعتمد الفضولي على إطفاء حريق شبت في منزل جاره ، ثم هو بعد إطفاء الحريق والفرار من أعمال الفضالة ، يهمل إقفال باب المنزل فتسلس اللصوص ويسرقون أمتعة الجار . ففي هذا الفرض يكون خطأ الفضولي في إهماله أن يقفل باب المنزل خطأ تقصيرياً لأنه خارج عن أعمال الفضالة ، ويكون مسئولاً نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسؤولية تقصيرية .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلاحظ أن الفضولي يلزم ، ما بقي قائماً بالعمل ، بأن يبذل فيما يصلح عناية الشخص المتدبر . . . وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته . ومع ذلك فينبغي التسامح في تقدير هذه المسؤولية إذا كان الفضولي قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يهدده : (أنظر المادة ٢٠ : من تفتين الالتزامات الويسرى والمادة ٦٨ من التفتين الأولي والمادة ١٥٦ من التفتين الثاني والمادتين ١١٨١/٩٤٥ من التفتين التونسي والمراكشي) » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٥) .

(٢) وقد رأينا ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ : « واستبدلت . . . عبارة (إذا كانت الظروف تبرر ذلك) بعبارة (إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضي ذلك) . فقد تكون هناك ظروف غير التي دفعت الفضولي إلى القيام بالعمل وتقتضي في الوقت نفسه إهماس التويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تحسباً مع ما عليه العدالة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٨) .

٨٨٢- **نائب الفضولى :** وقد يعهد الفضولى إلى شخص آخر أن يقوم نيابة عنه بأعمال القضاة كلها أو بعضها ، سواء تولى الفضولى العمل ابتداء ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من مبدئه (١). ونائب الفضولى يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً (٢) وبمناوبة المقاتل من الباطن إذا كان عملاً مادياً .

ويكون نائب الفضولى مسئولاً قبل الفضولى، ويموزلرب العمل أن يستعمل حق الفضولى فى الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القانون المدنى الجديد لم يقتصر على الدعوى غير المباشرة، بل أجاز فوق ذلك لرب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولى . فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة : (أولاً) على الفضولى لا عن خطئه هو فحسب ، بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعاً له ، وتكون مسئولية الفضولى عن النائب هى مسئولية المتبوع عن التابع (ثانياً) على نائب الفضولى نفسه بطريق الدعوى المباشرة التى نص عليها القانون (٣) . وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٩٢ إذ تقول : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع

(١) وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدي كانت تجرى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه ... » فكان النص على هذا النحو يفرض أن الفضولى قد تولى العمل قبل أن يهد به إلى غيره . وقد عدل النص ، كما قمنا ، فى المشروع النهائى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه ... » فالتصحيح يزيل الحلقه ما إذا عهد الفضولى بالعمل لنائب من مبدأ الأمر وقبل أن يتولاه بنفسه . (٢) ويستوى فى ذلك أن يكون الأصل فى التصرف القانونى هو رب العمل أو الفضولى .

(٣) ولم يكن هناك نص فى القانون القديم يسلط لرب العمل هذه الدعوى المباشرة . فهى دعوى قد استحدثها القانون الجديد . وليس هذا الحكم للتحديث أثر رجعى . فلو أوتى الفضولى عهد إلى نائب أن يقوم عنه بالعمل وكان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن رب العمل لا تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به النائب قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ولكن يجوز القول ، تطبيقاً لنظرية الأمر القورى (office immédiat) ، بأن رب العمل تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به هذا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى منذ سريان القانون الجديد .

مباشرة على هذا النائب (١) .

بقى أن نعرف هل يكون رب العمل — هو أيضاً — مسئولاً عن التزاماته مباشرة قبل نائب القضولى ؟ لا يوجد نص على هذه العلاقة ، كما وجد النص فى حالة نائب الوكيل (٢) وفى حالة المكاول من الباطن (٣) ، فلا يجوز القول بها ، ويبقى رب العمل ملتزماً نحو القضولى نفسه ويكون القضولى ملتزماً نحو نائبه .

٨٣ — التضامن فى المسئولية عند تعدد القضولى : ولما كان خطأ القضولى

فى القضاة على النحو الذى قلناه ليس بالخطأ التصبرى ، فإن القضاة فى حالة التعدد إذا وقع خطأ منهم وهم يقومون بعمل واحد لا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا وجد نص يقرر التضامن ، وقد أورد القانون الجديد هذا النص على خلاف القانون القديم الذى كان ينص صراحة على عدم التضامن (م ٢١٠/١٤٩ قديم) . فجاء فى الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ما يأتى : « إذا تعدد القضاة فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية » . ولولا هذا النص لانعدم التضامن بين القضاة (٤) .

ويلاحظ أن شرط التضامن هو أن يتعدد القضاة فى عمل واحد . أما إذا تولى كل قضاة عملاً مستقلاً عن عمل الآخر ، فلا يكون هناك تضامن (٥) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويأل القضاة كذلك باعتباره متبوعاً عن خطأ من يئبه عنه ، كما أن هذا الأخير يأل مباشرة قبل رب المل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٦) .

(٢) أنظر المادة ٧٠٨ فقرة ثالثة من القانون المدنى الجديد .

(٣) أنظر المادة ٦٦٢ من القانون المدنى الجديد .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وعند تعدد المتصددين لشأن واحد من القضاة ، يألون عن خطئهم على وجه التضامن . ولا كان هذا الخطأ يئابر سنوه فى نطاق المسئولية التصبرية ، فلك كان من الضرورى تحرير التضامن بين هؤلاء المسئولين بنص خاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦) . أنظر أيضاً فيما يتعلق بتضامن الوكلاء عند تعدد المادة ٧٠٧ من القانون المدنى الجديد .

(٥) وقد رأينا فى الأعمال التحضيرية أن ذكر فى لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ أنه « يجب أن يكون هناك ارتباط فى المل بين القضاة » حتى يقوم التضامن فيما بينهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٧) — وهذا وتضامن القضاة حكم استحدثه القانون الجديد كما =

د . الالتزام الرابع - تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة :

٨٨٤- النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٣ على ما يأتي: ويلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به (١).

ونصت المادة ٧٠٦ بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم الحساب على ما يأتي :

١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

٢ - وعليه فوائد المبالغ التي استعملها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعثر .

٨٨٥- تطبيقات هذه النصوص : ويترتب على تطبيق هذه النصوص ما يأتي :

١ - إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده نيابة عن رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق رب العمل كما سبق القول . وإذا مضى الفضولي في تنفيذ هذا التصرف باسم رب العمل ، كما إذا استوفى حقاً ، فإنه يقبض الحق كوكيل . ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه . وإن فعل فعليه فوائد المبالغ التي استعملها لصالحه بالسعر القانوني (أى ٤ في المائة) من وقت استخدامها ، لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت

سراًياً ، فلا يكون له أثر رجعي . فلو أن الفضولين طموا قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لا كانوا مسؤولين عنه بالتضامن . أما إذا طموا بهذا السبل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فإنهم يكونون مسؤولين بالتضامن حتى لو طلت الفضالة قبل هذا التاريخ ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (*effet immédiat*) .

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص كما هو في المادة ٢٦٧ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة وأصبح المادة ١٩٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه كما هو تحت رقم ١٩٩ . كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٣ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل كذلك . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «يرامى أن الفضولي يلزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب لرب العمل عما قام به ، وهو من هذه الناحية يلزم بما يلتزم به الوكيل » (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

الإعذار . أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه ، فإن فوائده بالسعر القانوني تجب عليه من وقت إعذاره برد المال .

٢ - إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده باسمه الشخصي لصالح رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ في حقه لا في حق رب العمل كما سبق القول . ويجب عليه أن يعرض في العمل وأن ينفذ التصرف عند الاقتضاء . فإذا باع عسولات يسرع إليها التلف ، وقبض الثمن ، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه ، وإلا وجبت عليه فوائده بالسعر القانوني من وقت استخدامه . وعليه أن يرده لرب العمل ، وإذا لم يستعمله لصالح نفسه وجبت عليه فوائده القانونية من وقت الإعذار .

٣ - إذا قام الفضولي بعمل مادي ، كما إذا جنى عسولا لرب العمل ، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك . ولا يجوز له أن يستولى عليه لصالح نفسه ، وإلا ألزم بالتعويض .

٢٤ - ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام

(أهلية الفضولي - الأثر الذي يترتب على موت الفضولي أو موت رب العمل - تقادم التزامات الفضولي)

١ - أهلية الفضولي :

٨٨٦ - أهلية الفضولي بالنسبة إلى التصرف القانوني الذي يتولاه حتى

تتبين بوضوح الأهلية اللازمة للفضولي يجب التمييز بين أهلية بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانوني وأهلية بالنسبة إلى أعمال التفصالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية كما سبق القول .

فإذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، فقد قلنا أن أهلية الفضولي بالنسبة إلى هذا التصرف هي أهلية الوكيل ، فيكفي فيه التمييز ولا تشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذي يتولاه ، وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة في رب العمل الذي يتصرف إليه مباشرة أثر التصرف .

وأما إذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسمه

الشخصي ، فلا بد أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذي يلتزم به كما رأينا ، ولا يشترط في رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه .

٨٧ - أهلية القضولى بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً

معمول مادية : أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالاً مادية بالنسبة إلى رب العمل - وقد رأينا فيما تقدم أن جميع الأعمال التي يقوم بها القضولى ، حتى التصرفات القانونية التي يعقدها باسمه أو باسم رب العمل ، تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً مادية - فإن أهلية القضولى للالتزام بهذه الأعمال تقتضى دائماً أن يكون من أهل التمييز ، إذ يشترط فيه كما قلنا التقصد في أن يعمل لمصلحة رب العمل . ثم هي بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به . وقد علمنا أن التزامات القضولى أربعة . اثنان منها - المضى في العمل وإحطار رب العمل - لا يقتضيان أكثر من أهلية التمييز . فيجب على القضولى ولو لم يكن بالناً سن الرشد ، ما دام مميزاً ، أن يعضى في العمل الذي بدأ فيه وأن يحظر به رب العمل متى استطاع ذلك . وإذا هو أغل بأحد هذين الالتزامين كان هذا إخلالاً بالتزام قانوني ، واعتبر خطأ تقصيرياً يوجب مسؤوليته التقصيرية كاملة . والالتزامان الآخران - بذل العناية الواجبة في إدارة العمل وتقديم الحساب - هما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير ، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية . أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه ، فلا يكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهذا ما لم يرتكب خطأ تقصيرياً فتكون مسؤوليته التقصيرية كاملة .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على ذلك فيما يأتي : « إذا لم تتوفر في القضولى أهلية التعاقد فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالتدور الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد النص بفقرته كما هو في المادة ٢٧٠ من المرسوم التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢ ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأرجأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ البت في النص ثم أقرته دون تعديل تحت رقم ١٩٦ - =

ويستخلص من ذلك أن الفصول إذا كان كامل الأهلية ، كانت مسئولية كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة في القيام بأعمال الفضاة وعن الالتزام بتقديم حساب عن إدارته . أما إذا كان ناقص الأهلية ، فلا يكون مسئولا إلا بالقدر الذي أثرى به . فإذا ارتكب خطأ في الفضاة ، أو قصر في تقديم

== ووافق عليه مجلس الشيوخ كما هو (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٨) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمصروع التمهيدي في سدد الفترة الأولى من هذا النص ما يأتي : « يخضع التزامات الفصول — وهي التزام المصفي في العمل والالتزام ببذل عناية الشخص المتبادر والالتزام بتقديم الحساب — لتوافر أهلية المتعاقد فيه ، ما دام وضه يعاقل وضع الوكيل من هذا الوجه . وضرهما على ذلك قضت الفترة الثانية من المادة ٦٩ من المصروع الفرنسي الإبطال « بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول التوكيل لا يكون أهلا للالتزام بطريق الفضاة » . واستدرك النص فقرر أن الفصول يسأل مع ذلك عما يحدث من ضرر ، ويلزم بقدر ما يترى بغير سبب . فإذا لم يكن الفصول أهلا لتعاقد ، فلا يسأل عن إدارته إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وقواعد المسئولية التضميرية . فمسئولته والحال هذه تقتصر على القدر الذي أثرى به على ألا يتجاوز هذا القدر ما انتصر به رب العمل . ثم إن تلك المسئولية ليس أساسها خطأ قولاه الترخيظ في بذل عناية الشخص المتبادر ، بل يجب لثريتها إقلمة الدليل على وقوع عمل غير مصروع من الفصول متى كان بداهة غير مجرد من التمييز » (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧) .

ونحن نأخذ على ما جاء في المذكرة الإيضاحية أن العبارة الأخيرة منها تخلط ما بين الخطأ في الفضاة ، ومسئولية الفصول ناقص الأهلية عنه مسئولية غير كاملة في حدود الإثراء بلا سبب والخطأ التضميري ، ومسئولية الفصول عنه مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية . ونأخذ عليها أيضاً أنها لم تميز تمييزاً واضحاً بين أهلية الفصول بالنسبة إلى التصرف القانوني الذي قد يتولاه وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضاة باعتبارها جيداً أعمالاً مادية ، ثم فيما يتعلق بهذه الأعمال لم تميز كذلك بين التزام الفصول بالمصفي في العمل والإخطار عنه والالتزام ببذل العناية الواجبة وتقديم الحساب .

وعندنا — ونحن نقبل وضنا المذكرة الإيضاحية — أن هذه المسألة الدقيقة يضطرب القول فيها عادة ، ولا يكاد القهاء يجمعون فيها على رأي . وقد استقر بنا الرأي بعد تحجيس على ما قررناه فيما تقدم (قارن الموجز للزولف فقرة ٤٠٩ ص ٤٠٥ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٦٢ — الدكتور أبو مافية في التصرف القانوني المجرى للنسخة القرنية ص ١٦٧ هامش رقم ٧ — الدكتور محمد وهبة في النظرية العامة للالتزامات فقرة ٣٧٧ — والفون ٢ ص ١٥٨ — ص ١٥٩ — ص ١٦٠ — ص ٣٠١ فقرة ٤٦ — بلانيول وريبير وإلمان ٢ فقرة ٧٢٩ — أوربي ورو ٦ ص ٢٩٣ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٩ — كولان وكايجان ٢ ص ٧٢١ — ديوج ٣ فقرة ٢٩ — بلانيول وريبير ويولانييه ٢ فقرة ١٢١٨) .

الحساب لرب العمل ، أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وأصاب رب العمل ضرر من جراء ذلك ، فلا يكون القضولى ناقص الأهلية مسئولاً إلا فى حدود الإثراء بلا سبب ، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين : ما انتفع به فعلاً وما أصاب رب العمل من ضرر . كل هذا ما لم يرتكب القضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة - وقد ميزنا فيما تقدم بين الخطأ التقصيرى والخطأ فى الفضالة - فتكون مسئولية القضولى عن الخطأ التقصيرى مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية .

ويستخلص مما قدمناه عن الأهلية فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق وفى دعوى الفضالة ، أن المثرى لا تشتط فيه أية أهلية ، فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية ، بل حتى لو كان عديم التمييز . أما المدفوع له فى دعوى غير المستحق ، أو القضولى فى دعوى الفضالة ، فيشتط فيه كمال الأهلية ، وإلا لم يكن مسئولاً إلا فى حدود الإثراء بلا سبب .

ب - أثر موت القضولى أو موت رب العمل فى التزامات القضولى :

٨٨٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٤ على ما يأتى :

١ - إذا مات القضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ .

٢ - وإذا مات رب العمل بقى القضولى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم (١) .

(١) تاريخ النسخ : ورد هنا النص فى المادة ٢٦٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى :

١٥ - تنقضى الضالة بموت القضولى ، ومع ذلك يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٩٩٦ فقرة ٢ . ولا تنقضى الضالة بموت رب العمل ، ويبقى القضولى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديل فى الصياغة يخص النص على المحكم المطلوب فأقرته اللجنة وأصبح النص التالى ما يأتى :

١٥ - إذا مات القضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩٤ .

٢ - إذا مات رب العمل بقى القضولى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم . وأصبح رقم المادة ٢٠٠ فى المشروع التالى - ووافقت لجنة مجلس النواب على المادة بعد أن أضافت للمادة آخر الفقرة الأولى كالتى : « فقرة ٢ ، واستبدلت رقم ٧٤٨ برقم ٧٤٩ - ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ٢٠٠ - وفى لجنة القانون الذى يعطى الشيوخ ووفق -

وتنص المادة ٧١٧قرة ٢ على ما يأتي :

وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل .
ويخلص من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين فرضين : موت الفضولي وموت رب العمل .

٨٨٩- موت الفضولي : تنقضي الفصالة بموت الفضولي كما تنقضي

الوكالة بموت الوكيل ، وبذلك تنقضي التزامات كل من الفضولي والوكيل . أما وريثة الفضولي فيلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بما تلزم به وريثة الوكيل . وهؤلاء ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، يلتزمون بالمبادرة إلى إخطار الموكل بموت الوكيل ، وباتخاذ التدابير المناسبة لصالح الموكل تبعاً لما تقتضيه الحال . وبذلك أيضاً تلزم وريثة الفضولي إذا كانوا كاملي الأهلية وعلى علم بالفصالة . فعليه أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم . وعليهم أيضاً أن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للطف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه .

٨٩٠- موت رب العمل : هنا تختلف الفصالة عن الوكالة . فالوكالة تنقضي

بموت لموكل (م ٧١٤) ، ومنى انقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للطف (م ٧١٧قرة ١) . أما الفصالة فلا تنقضي بموت رب العمل ، بل يبقى الفضولي قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما

سجل المادة دون تعديل بعد استبدال رقم ٧١٧ برقم ٧٤٨ وأصبح رقم المادة ١٩٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٠ - ٤٨١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ينال الفضولي مرتبطاً بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل . وفي هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق في هذا الصدد من طريق الميراث . بيد أن التزامات الفضولي تنقضي على عيني ذلك بموته ولا تنقل إلى ورثته . ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاماً شخصياً مباشراً بما يلتزم به وريثة الوكيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٠) .

كان قائماً بها نحو رب العمل . ولا يكتفى أن يصل الفضولي بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، كما تفعل ورتة الوكيل وكما تفعل ورتة إذا مات هو ، بل يجب عليه أن يستمر في العمل لصالح ورتة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم .

والسبب في أن الفضالة لا تنهى بموت رب العمل أن موقف الفضولي من ورتة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه ، فهو فضولي بالنسبة إليهم كما كان فضولياً بالنسبة إلى مورثهم . فلا معنى لاقضاء الفضالة بموت رب العمل . وهذا بخلاف الوكالة ، فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما ، فإذا مات الموكل لم يجبر الوكيل على البقاء في علاقة شخصية مع ورتة لم يتفق معهم على هذه العلاقة . أما أن كلا من الفضالة والوكالة تنقضي بموت الفضولي أو الوكيل ، فذلك لأن الفضولي أو الوكيل هو الذي يقوم بالعمل ، فلا محل لإلزام الورتة بما ألزم به مورثهم .

ج - تقادم التزامات الفضولي :

٨٩١- تنص المادة ١٩٧ على أنه وتسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (١) .

ويستخلص من هذا النص أن الفضولي إذا لم يقم بالتزاماته ، بأن لم يحض في العمل أو لم يخطر رب العمل بتدخله أو لم يبدل العناية الواجبة أو لم يقدم حساباً عن عمله ، فإن رب العمل يستطيع مقاضاته ليلزمه بتفصيل التزاماته هذه عيماً أو بطريق التعويض .

وتسقط هذه الدعوى الناشئة عن الفضالة بأقصر المدتين : ثلاث سنوات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧١ من المشروع التمهيدي مع زيادة كلمة « بالتقادم » في صدر النص . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأقرته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ مع حذف كلمة « بالتقادم » تحت رقم ١٩٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٨٨ - ٤٨٩) . وحذفت كلمة « بالتقادم » لأن من التقادم وانحج بكونها ، فلا ضرورة لها .

من اليوم الذى يعلم فيه رب العمل بحقه ، أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق . ومدة التقادم هذه هى عينها مدة التقادم فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق .

ونشير هنا إلى ما سبق أن قررناه فى الدعوتين الأخيرتين ، من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالباً قبل التقادم بخمس عشرة سنة . ولكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بحقه فى الرجوع على الفضولى .

المطلب الثانى

الالتزامات رب العمل

٨٩٢- ماهى هذه الالتزامات وما هو مصدرها : تنص المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملتزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يوضعه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يوضعه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآت :
١ - « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل فى حدود إدارته المسنة ، فإذا حسن هذه الإدارة ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منها ، كان رب العمل ملتزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها باسمه الفضولى ، وأن يوضعه عن التعهدات التى التزم بها شخصياً ، وأن يرد له كل النفقات الضرورية والنافعة التى تسوغها الظروف ، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يوضعه تمويشاً عادلاً عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ٢ - « ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » - وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد استبدال كلمة « سوغتها » بكلمة « تسوغها » تحت رقم ٢٠١ فى المشروع النهائى - ووافق مجلس النواب على النص -

- ويتبين من هذا النص أن رب العمل تترتب في ذمته التزامات أربعة :
- ١ - أن ينفذ التعهدات التي عقدها القضاة بالنيابة عنه .
 - ٢ - أن يعرض القضاة عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً .
 - ٣ - أن يرد إلى القضاة النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائد من يوم دفعها ، وبأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به القضاة يدخل في أعمال مهنته .
 - ٤ - أن يعرض القضاة عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .
- بقي أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة .
- فأول التزام منها - وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التي عقدها القضاة بالنيابة عن رب العمل - مصدره النيابة القانونية . وهي نيابة أنشأها القانون بصريح النص في صدر المادة ١٩٥ إذ يقول : « يعتبر القضاة نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة » .

== دون تعديل تحت رقم ٢٠١ - وفي لجنة القانون المدق بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « في حدود إدارته المختصة فإذا حُضرت هذه الإدارة » الواردة في أول الفقرة الأولى ، واقرحت الإحالة إلى المبدأ السابق النص عليه في المادة ١٩٨ . كما اقترح استبدال كلمة « لمساهمة » بكلمة « باسمه » وحذف كل « كل » و « شخصياً » وعبارتي « التي سوغتها الظروف » و « تمويهاً عادلاً » . كذلك اقترح جعل المادة فقرة واحدة . فوافقت اللجنة على كل ذلك . وقد اتفقت الصياغة حذف كلمتي « منها كان » والاستعانة بهما بعبارة « وفي هذه الحالة يكون » . وبذلك أصبح نص المادة كالآتي : « يعتبر القضاة نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها لمساهمة القضاة ، وأن يعرض عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة مضافاً إليها فوائد من يوم دفعها وأن يعرض عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق القضاة أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . وفي جلسة أخرى وافقت اللجنة على إعادة العبارة التي سبق لها أن حذفتها وهي « التي سوغتها الظروف » ، وكتبت في تقريرها ما يأتي : « عدلت اللجنة الفقرة الأولى وأدبت فيها الفقرة الثانية ، وخلاصة التعديل أن اللجنة استبدلت بعبارة « في حدود إدارته المختصة » عبارة « متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي » ، حتى لا يتبادر إلى ذهن أن النص يأخذ بمخارج غير المبدأ الذي قررته المادة ١٩٨ ، ومهدت صياغة المادة تهديداً لفظياً يناسب مع هذا التعديل وأصبح نصها

« ١٩٥ » .

ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله اللجنة . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٥) .

والالتزامات الثلاثة الأخيرة - تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه ، ورد النفقات والأجر ، وتعويضه عن الضرر - مصدرها الإثراء بلا سبب . ومن هنا تتصل الفضايلة بقاعدة الإثراء . ذلك أن الفضولي بما أداه من مصلحة لرب العمل قد تحمل تكاليف وتكبد نفقات وتجشم ضرراً ، فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعرض عن هذا الضرر . وهو يسترد ما غرمه كاملاً ، لا في حدود إثراء رب العمل فحسب . وفي هذا يتميز الفضولي عن المفتقر لمصلحة الغير ، لأن الفضولي متفضل انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قلنا .

ونستعرض : (أولاً) التزامات رب العمل الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام ، تتعلق بأهلية رب العمل ، وبالأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولي ، ويتقدم هذه الالتزامات .

١٥- التزامات رب العمل الأربعة

١ . الالتزام الأول - تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه :

٨٩٣- رأينا أن الفضولي قد يعقد تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل . فإذا كانت أركان الفضايلة متوافرة في هذه الحالة ، فإن الفضولي يعتبر نائباً عن رب العمل . وهذه النيابة قانونية تقررت بنص في القانون كما رأينا ، بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل فهي نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة . وينبئ على ذلك أن العقود التي يبرمها الفضولي بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل ، في الحقوق التي أنشأها وفي الالتزامات التي رتبها ، فيعتبر رب العمل هو الدائن في هذه العقود أو المدين . وباعتباره مديناً يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التي رتبها هذه العقود . ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة المباشرة لفكرة النيابة التي تقوم عليها الفضايلة (١) .

(١) جاء في الذاكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلزم رب السل أولاً بالقرء . بما تعهد به الفضول . وينبئ التفریق في هذا الصدد بين فرضين : فلما كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفضول باسم رب السل بأن أضفت العقد إليه ، التزم =

ب . الالتزام الثاني - تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا .

باسم شخصياً :

٨٩٤- قدماً أن الفضولي قد يتعاقد باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل . فقد يتفق شخصياً مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل . فيتشيء عقد المقاول في ذمة الفضولي التزامات نحو المقاول . فيلتزم رب العمل في هذه الحالة أن يعرض الفضولي عن هذه الالتزامات . وإذا كان الفضولي هو الذي يؤديها للمقاول ، فإنه يرجع بما يؤديه على رب العمل ، مضافاً إليه الفوائد بالسعر القانوني (٤ في المائة) من يوم أن أدى ، ذلك أن الالتزامات التي أداها تعتبر نفقات ترد بفوائدها على ما سرى .

كذلك الكفيل إذا كان فضولياً بالنسبة إلى المدين الأصلي . فكفله متطوعاً . لا مأموراً بالكفالة ولا منهياً عنها ، يلتزم التزاماً شخصياً نحو الدائن أن يوفى له الدين إذا لم يوفه المدين الأصلي . فإذا أدى الدين للدائن . رجع بدعوى الفضالة على المدين بما أداه . مضافاً إليه المصروفات والفوائد

== هذا مباشرة بمقتضى النبذة القانونية التي تنشأ عن الفضالة ، وبهذا يصبح رأساً دائماً أو مديناً لمن تعالده معه الفضولي . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٨٣) .

هذا وقد خلطت محكمة الاستئناف المختلطة في المهد الأول ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب عندما قضت بما يأتي : « الأوراق المالية التي جيل لها غوردون ناشأ سعراً إجبارياً في أثناء حصار الخرطوم لبست أوراقاً تجارية بل هي أوراق نقدية حقا . ولا كان إصدار الأوراق النقدية هو من حق الحكومة وحدها ، ولم تخوض هذا الحق إلى غوردون ناشأ ، فإن هذه الأوراق لا يتمتع بها على الحكومة المصرية . ومع ذلك يجوز للمحلل هذه الأوراق المحسنة البنية أن يطالبوا : برد قيمتها إذا ما أثبتوا أنهم قدموا للحكومة أو لسلطانها من المؤن والبضائع ما يماوى هذه القيمة » . (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٨٨ المحسنة لجمعية للعامة المختلطة ١٣ من ١٢٤) . والطاهر أن المحكمة طبقت في هذه القضية قاعدة الإثراء بلا سبب وإن كانت لم تنصح عن ذلك . والمصحيح هو ما قلناه من أن غوردون ناشأ عند ما أصدر هذه الأوراق النقدية كان يحمل باسم الحكومة المصرية ، عن طريق الفضالة لأنه لم يطق تخويضاً منها ، فصاح الحكومة المصرية مدينة مباشرة للمحلل هذه الأوراق لأن غوردون ناشأ كان نائباً عنها في هذا التصرف القانوني (أنظر ملابن مجلة المحلة المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير من ٣٠ - من ٣١) .

المقنونة (١).

٢. الالتزام الثالث - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر :

٨٩٥- النفقات الضرورية والنافعة : يلتزم رب العمل أن يرد للفضولي والنفقات الضرورية والنافعة التي سوغها الظروف، مضافاً إليها فوائدهما من يوم دفعها . فإذا قام الفضولي بترميم منزل لرب العمل : فإنه يتفق في ترميمه مصروفات ضرورية . وإذا ما جنى له محصولاً يسرع إليه التلف : فإنه يدفع أجر الأيدي العاملة لجنى المحصول . وقد يرى من الخير أن يخزن المحصول تمهيداً لبيعه . فيدفع مصروفات التخزين ، وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف . كل هذه المصروفات الضرورية ، والمصروفات النافعة التي سوغها الظروف (٢) ، يرجع بها الفضولي على رب العمل . بل ويرجع بفوائده ما اتفق بالسعر القانوني (٤ في المائة) من وقت الإتفاق . وفي هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولي ، فإن القوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة القضائية (٣) . ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب ألا تكون فاحشة ، فلا يجوز للفضولي أن يفرط في هذه المصروفات حتى لو كان النفع منها محققاً ، بل يجب أن يقف في هذا عند حد مقبول

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما إذا تعلق الفضولي باسمه شخصياً ، فإن أضاف القيد إلى نفسه لا إلى رب العمل ، فلا يصبح هذا دائماً أو مبدئياً لمن تصادق معه الفضولي من الأغيار ، وإنما ترجع حقوق القيد والالتزامات إلى الفضولي . ولكن رب العمل يلزم بتعويض عن جميع ما عقد من التجهيزات على هذا الوجه وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ في ٤٨٣) . ويلاحظ أن المبررة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية « وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب » إنما يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعويض يكون أقل القيمة .

(٢) وقد قضت محكمة الصورة الجزئية المختلطة بأن دعوى التفاتة تحمل للفضولي الحق في أن يترد المصروفات النافعة ، مادامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إدخالها ، حتى لو كان النفع الذي كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه (١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن للفضولي الحق في استرداد المصروفات التي اقتضتها أعمال إدارته ، مضافاً إليها القوائد القانونية من وقت الإخفاق . أما في دعوى الإثراء فلا يترد للمدعى هذه المصروفات إلا في حدود ما انتفع به المالك ، ولا يتقاضى فوائده عنها إلا من وقت المطالبة القضائية (٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥) .

لا يقل كامل رب العمل عند الرجوع عليه (١) .

ويلاحظ أن التزام رب العمل في رد النفقات إلى الفضولي يعدل التزام الموكل في رد النفقات إلى الوكيل . وقد قررت المادة ٧١٠ هنا الالتزام الأخير على الوجه الآتي : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة » .

٨٩٦-المعبر: ويدخل ضمن النفقات أجر الفضولي إذا كان العمل الذي قام به يدخل في أعمال مهته . فالطبيب والمهندس إذا قام أحد منهم بعمل من أعمال مهته فضالة لمصلحة الغير استحق أجراً على عمله ، فوق المصروفات التي أنفقها ، هو الأجر المعتاد مثله .

أما إذا كان الفضولي قد قام بعمل لا يدخل في أعمال مهته ، كطبيب رسم منزل جار له ، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ، ويقتصر على استرداد المصروفات الضرورية والنافعة على النحو الذي قلناه (٢) .

ويلاحظ أن الوكيل كالفضولي لا يستحق في الأصل أجراً على عمله . وهو كالفضولي أيضاً في أنه قد يستحق الأجر إذا كانت أعمال الوكالة داخلة في أعمال مهته . ويختلف عن الفضولي في أنه قد يثنى مع الموكل على أجر ،

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا أوى صاحب فندق عاملين جرحا في حادث وطلبها ، وقد مات أحدهما وشفي الآخر ، جاز لصاحب الفندق أن يرجع على رب العمل بجميع نفقات التأوى والملاج ، دون تفرق بين نفقات من مات ونفقات من شفي ، وليس لرب العمل أن يترتب هذه النفقات مصروفات زائدة على الحد الواجب ، وأن يطلب إقامتها إلى القدر الجزائي الذي حدده قانون العمل الصادر في ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ١ - ١٣٧ - وانظر أيضاً تعليقا على المحقق مجموعة كايان في الأحكام الرئيسية لقضاء المدعي باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٥ - ٤٢٧) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل أن الفضول لا يستحق أجراً على عمله ، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل ، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما علم به الفضولي من قبيل وجوب الإلتزام الحقيقية بالنسبة له ، ويحق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهته ، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان ، فتدفع له من حقه أن يؤجر على هذا العمل » . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٨٣) .

ولا يتصور هذا الاتفاق في حالة القضولى مع رب العمل . وفي هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ : «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

د . الالتزام الرابع - تمويض القضولى عن الضرر الذى لحقه :

٨٩٧ - قد يلحق القضولى ضرر أثناء قيامه بالعمل ، يطغى محريقاً فيتلف أمتعة مملوكة له ، يتخذ شخصاً موشكاً على الترقى فيصاب بضرر وهو يتقله ، يمسك بزمام فرس جامع فيصاب بمحروح بليغة . فإذا كان الضرر الذى أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التى تجشمها أثناء القيام بعمله ، ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتمويض عنه (١) .

ويلاحظ أن حق القضولى في تقاضى تمويض عما يصيبه من الضرر يعدل حق الوكيل في ذلك . وقد نصت المادة ٧١١ على أنه «يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر . دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً» . ويلاحظ أيضاً أنه إذا تعدد رب العمل ، بأن قام فضولى مثلاً بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع ، فلا تضامن بين أرباب العمل المتعديدين في التزاماتهم نحو القضولى ، إذ لا تضامن دون نص . وقد ورد النص في تعدد القضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) ، وفي تعدد الوكيل (م ٧٠٧) ، وفي تعدد الموكل (م ٧١٢) ،

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيهدي في هذا الصدد ما يأتي : «ويلزم رب العمل أخيراً بتمويض القضولى تمويضاً عادلاً عما يلحقه من ضرر بسبب قيلمه بالعمل . ويطلق معنى العدالة في التمويض متى كان متناسباً مع ما لم يتعلم القضولى إلقاءه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب الساية . ويقوم حق القضولى في القضاء التمويض على ما يشتمل في الضرر الحادث له من إقتار » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٨٤) .

وتطبيقاً لحق القضولى في القضاء التمويض عن الضرر الذى يلحقه ، قضت محكمة الاستئناف الوطنية لائتن ظلال بئال جهداً غير عادى لإلقاء حادث ، فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصي جلته غير صالح للخدمة ، بأنه ، علاوة على ما يستحقه من المكافأة طبقاً لقانون المشتات بسبب فصله من الخدمة ، يحق له تخفيض المبدأ المقرر في المادة ١٤٤ من القانون المدنى (م ١٩٥ جديد) أن يتقاضى تمويضاً نظير الحسارة التى درأها عن مصلحة السكة الحديدية بإلقاءه حادثاً جسيماً إقتار وفي مقابل ما أصاب صحته من الضرر بسبب هذا السبل (٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٠ من ١٣٠ - الحقوق ٥٥ من ٩٩) .

ولم يرد في تعدد رب العمل . والملة في ذلك أن لأرباب العمل إذا تعبدوا
كل أن توجد بينهم علاقة تسوخ قيام التضامن .

٢٤ - ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام

(أهلية رب العمل - الأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت
الفضولي - تقادم التزامات رب العمل)

١ - أهلية رب العمل :

٨٩٨ - لا تشترط أية أهلية في رب العمل . فمن لم يبلغ سن الرشد
والمحجور عليه بل وغير المميز : إذا قام فضولي بعمل لمصلحهم ، التزموا
نحوه بالألزامات التي تقدم ذكرها . ذلك أن التزامات رب العمل مصلوها
الإثراء بلا سبب كما قلنا ، وقد رأينا أن المرى يلتزم برد ما أئرى حتى لو
كان غير مميز . وتردد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ هذا المعنى إذ تقول :
« أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التقاعد (١) » .
ويصح أن يكون رب العمل شخصاً معنوياً ، كشركة أو جمعية أو مؤسسة
أو جهة وقف .

وبلاحظ أن الفضولي إذا عقد تصرفاً قانونياً باسم رب العمل نيابة عنه ،
فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر في رب العمل حتى ينصرف
إليه مباشرة أثر التصرف . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ب - أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل :

٨٩٩ - لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما
ما يترتب من الالتزامات في ذمة رب العمل فلا يختص به أهلية ما ، تنص النيابة القانونية من
طريق التفاتة ولو كان الأسيل غير مميز . وفي هذه الصورة يلزم الأسيل بأداء ما فصل الفضولي
من خفلات وتوضي ما أصابه من ضرر يختص بقواعد الإثراء بلا سبب » . (مجموعة الأعمال
التوضيحية ٢ ص ٤٨٧) . ونلاحظ هنا أيضاً أن العبارة الأخيرة « يختص بقواعد الإثراء بلا
سبب » يراد بها أن يكون التعويض دائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعويض يكون
أقل الميتين .

الالتزامات رب العمل ، كما ورد النص الذى يبين هذا الأمر فى التزمات
الفضولى (م ١٩٤) . فوجب هنا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها يؤدى إلى
النتائج الآتية :

إذا مات رب العمل فإن التزماته تبقى فى تركته واجبة للفضولى ، وعلى
ورثة رب العمل أن يؤدوا هذه الالتزامات من التركة .

وإذا مات الفضولى ،بقى رب العمل ملتزماً نحو ورثته . فيرد إليهم
المصروفات الضرورية والتأفئة وأجر الفضولى إذا استحق أجراً ، ويعوضهم
عن الالتزامات الشخصية التى عقدها الفضولى باسمه وما لحق به من الضرر .
وكل هذه الحقوق تدخل فى تركة الفضولى وتنقل إلى ورثته بعد موته .

ج - تقادم التزمات رب العمل :

٩٠٠- سبقت الإشارة إلى المادة ١٩٧ ، وهى تنص على سقوط الدعوى
الناشئة عن القضاة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الفضولى
بحقه ، وبانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه حق الفضولى .
فالدعوى التى يرفعها الفضولى لمطالبة رب العمل بمحقوقه ، من استرداد
المصروفات والتعويض والأجر وما إلى ذلك ، تقادم بأقصى مدتين : ثلاث
سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق .
وقد تقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات إذا لم يعلم
الفضولى بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثنتى عشرة سنة . وقد
سبقت الإشارة إلى ذلك فى مواطن متعددة .

أما فى الوكالة فلا تقادم التزمات كل من الموكل والوكيل إلا بانقضاء خمس
عشرة سنة من وقت نفاذ هذه الالتزامات ، لأنها التزمات تعاقدية تقوم
على إرادة المتعاقدين (١) .

(١) وقد كنا نعد الفقرة فى مناسبات مفرقة بين القضاة والوكلاء ، وإذا فرغنا من
الكلام فى القضاة نلخص هذه الفقرة فيما يأتى :

تقرب القضاة من الوكالة فى أن كلا منهما مصدر لتيابة ، وفى أن القضاة قد تقبل بالوكالة
إذا أُميزت والوكالة تنهى إلى قضاة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو متى يسئل بعد
الجهة الوكالة . ويختلفان فى أن مصدر القضاة عمل مبدى ومصدر الوكالة اتفاق ، ومن ثم فإن القضاة
مصدر تيابة قانونية ، أما الوكالة فمصدر تيابة أخلاقية . ويختلفان كذلك فى أن عمل الفضولى قد -

يكون تصرفاً قانونياً ، وقد يكون عملاً مادياً . أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .
 هذا من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التي تنشأ من الوكالة فنعرض لنوعين :
 بينهما فيها على اعتبار جوهرى : هو أن رب السل لم يختر الفضول ولم عهد إليه أن يقوم بعمل
 ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه أن يقوم بعمل وكله فيه . فلك كانت التزامات
 الفضول أشد قليلاً من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب السل أخف قليلاً من التزامات
 الموكل ، ولأن كانت كل هذه الالتزامات في مجموعها متطابقة . ويظهر ذلك من التفصيل الآتى :
 ١ - يلتزم الفضول بالنقص في السل حتى يدها . أما الوكيل فله بوجه عام حق الرجوع
 في الوكالة .

٢ - يلتزم الفضول بإخطار رب السل متى تمكن من ذلك . وهذا الالتزام غير منصود
 في حالة الوكيل .

٣ - يلتزم الفضول ببذل عناية الرجل المعتاد ، سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ . أما الوكيل
 فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إذا أخذ أجراً ، فإذا لم يأخذ أجراً فلا يلتزم إلا ببذل العناية
 التي ينطأ في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) .

٤ - لا يختبر الفضول تاباً لرب السل . أما الوكيل فقد يختبر تاباً للموكل ، فيكون هنا
 مسئولاً عنه مسؤولية التبوع عن التابع .

٥ - يرجع رب السل مباشرة على نائب الفضول ، ولا يرجع نائب الفضول مباشرة على
 رب السل . أما الموكل ونائب الوكيل فيرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

٦ - إذا تعدد الفضوليون عام بينهم التضامن ، ولا يقوم التضامن بين أرباب السل لذا
 تعددوا . أما في الوكالة فيقوم التضامن إذا تعدد الوكلاء أو تعدد الموكلون (م ٧٠٧ و ٧١٢) .

٧ - يلتزم الفضول بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب القضاة وتهديم
 حجاب عما قام به . وعليه ، كما على الوكيل ، فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت
 استغلالها وفوائد ما تبقى في ذمته من وقت أن يضر .

٨ - ينصرف أثر العقد حتى أبرمه الفضول أو الوكيل ، باسم رب السل أو الموكل ،
 مباشرة للذين .

٩ - تنقضي القضاة والوكالة أيضا في أن الفضول أو الوكيل يسترد ما تسلفه من التزامات
 ومصرفات ، ويحوز عما أمابه من ضرر ، ويتقاضى فوائد ما أتفق من وقت الإخفاق . ولكن
 قد يكون حق الفضول في استرداد المصروفات النافذة التي سوغتها الظروف أصح قليلاً من حق
 الوكيل في استرداد ما أتفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد - كذلك في الأجر يأخذ الوكيل
 أجراً إذا اتفق على ذلك مع الموكل أو إذا دخلت الوكالة في أعمال حرته ، أما الفضول فلا
 يأخذ أجراً إلا إذا دخلت القضاة في أعمال حرته ولا يتصور في حالته الاتفاق على الأجر .

١٠ - أهلية الفضول تتراوح بين التميز والأهلية الكاملة على فصيل يختلف فيه عن
 الوكيل . ورب السل يختلف عن الموكل في الأهلية ، إذ لا تشترط فيه أهلية ما ويشترط في
 الموكل أهلية التصرف حتى وكل فيه .

١١ - موت الفضول يفسد القضاة ، ولا يفسد موت رب السل ، أما الوكالة فتتقضى
 بموت كل من الوكيل والموكل .

١٢ - قد تنقضي الالتزامات الناشئة عن القضاة بأقل من خمس عشرة سنة . أما الالتزامات
 الناشئة عن الوكالة فلا تنطلم إلا بخمس عشرة سنة .

الباب الرابع

القانون

LA LOI

تمهيد

٩٠١- النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٨ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

«الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأها» (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظره العامة في هذا الصدد ما يأتي : «أوجز المشروع إيجازاً يبتأ فيها يتعلق بالالتزامات التي تصدر

(١) تلرخ النص : ورحمنا النص في المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١٥- الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأها. ٢ - ولا تقتصر أية أهلية في هذه الالتزامات ، ما لم يوجد نص يضى بخلاف ذلك» . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها ، وأصبح النص رقم المادة ٢٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ روى مبدئياً أن الحكم الذى قضت النص لا لزوم له فهو تعميل حاصل ، ولكن اللجنة لم تخلع في ذلك رأى بان . وفي جلسة أخرى وافقت اللجنة على النص كما هو ، وأصبح رقم ١٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجته (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٩٠ - ص ٤٩٣) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : «كل التزام أيا كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون ، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعاً . فن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر نصرة قانونياً أو عملاً غير مشروع أو إرأه بلا سبب ، ويرد في مصدره الأخير إلى القانون . ومنها ، على تحيين ذلك ، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير في آن واحد . وبراعى أن القانون يتر في هذه الصورة مصدرأ وجيداً ينكفل بإنشاء الالتزام رأساً ، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضوته . وقد ساق التفتين البنيان في معرض التنبيل للالتزامات التي تصدر عن نص القانون التزامات الجوار والالتزام بالإتفاق على بعض الأصهار . وقد تقدم أن التزامات الفضول ، فيما يتعلق بالمضى في العمل والفتاة المطلوبة وتقديم الحساب ، كلها ينشأ القانون رأساً ، وينفرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٩٢) .

عن نص القانون مباشرة . وقد حذاه على ذلك ما هو ملحوظ في ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها . فكل التزام منها يشكل ذات النص المنشئ له بتعيين مضمونه وتحديد مداه . فرجها جميعاً أحكام التشريعات الخاصة بها (١) .

٩٠٢- كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام : كل التزام مصدره القانون . فالالتزام المترتب على العقد ، والالتزام المترتب على العمل غير المشروع ، والالتزام المترتب على الإثراء بلا سبب ، كل هذه التزامات مصدرها القانون ، لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ من مصادرها ، وحدد أركانها ، وبين أحكامها . ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر ، هو الذي رتب عليه القانون إنشائها . فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من مصادر مباشرة ثلاثة : (١) تطابق لإرادتين : فكل اتفاق بين المدين والدائن على إنشاء التزام ، في الحدود التي بينها القانون ، ينشئ هذا الالتزام . ويكون مصدره المباشر هو العقد ، والقانون مصدره غير المباشر . (٢) عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير : فكل خطأ يصدر من شخص . ويلحق ضرراً بشخص آخر ، يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر . ويكون المصدر المباشر للالتزام بالتعويض هو العمل غير المشروع : والقانون مصدره غير المباشر . (٣) إثراء دون سبب : فكل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافتقار شخص آخر ، ولم يكن للإثراء مصدر قانوني يستند إليه . يلزم المأثر بتعويض المتضرر . والمصدر المباشر للالتزام بالتعويض هنا هو الإثراء دون سبب . والقانون مصدره غير المباشر .

ويلاحظ في هذه المصادر المباشرة للالتزام - العقد والعمل غير المشروع والإثراء دون سبب - أن القانون اختار عملاً قانونياً . هو العقد . وعللين ماديين ، هما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب . وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام . ففى قام عمل منها نشأ الالتزام . دون تمييز بين حالة وحالة . فالعقد مصدر عام للالتزام : سواء كان العقد بيعاً أو هبة أو

قرضاً أو إيجاراً أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة ، وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى ، وأياً كان الالتزام الذى ينشأ من عقد معين . ولم ينص القانون حالة دون حالة فى جعله العقد مصدراً للالتزام . والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام ، يستوى فى ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل ، أو حادثاً من حوادث العمل ، أو خطأ فى أعمال المهنة ، أو عملاً يخفى بالشرف والاعتبار ، أو منافسة غير مشروعة ، أو تصفاً فى استمال الحق ، أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة . ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام فى حالات دون أخرى ، بل جعله مصدراً عاماً يتناول جميع هذه الحالات . والإثراء دون سبب مصدر عام للالتزام ، لا فرق فى ذلك بين إثراء إيجابى وإثراء سلبى ، ولا بين اقتضار إيجابى واقتضار سلبى . ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية ، ولا تمييز بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل القضولى . ولم يقصر القانون الإثراء دون سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة ، بل عممه عليها جميعاً ، وجعله فيها كلها مصدراً للالتزام .

وإلى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة . ويرتب فى كل حالة منها التزاماً . يستند حقاً إلى عمل قانونى أو إلى عمل مادى ، ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشئ الالتزام فى هذه الحالة وفى غيرها من الحالات - كما فعل فى المصادر المباشرة - بل كواقعة تنشئ الالتزام فى هذه الحالة وحدها دون غيرها . وهنا إذا قيل إن العمل القانونى أو العمل المادى هو مصدر الالتزام فى هذه الحالة الخاصة كان هناك شيء من التجوز . فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام ، إذ أنشأه ، لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات ، وحدد نطاقها ، ورسم مداها ، ورتب عليها حكمها . فالنص القانونى - لا العمل القانونى ولا العمل المادى - هو المصدر المباشر للالتزام (١) .

(١) ففى الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأول للالتزام ، ثم يأتى القانون بعد ذلك كمصدراً غير مباشر . أما فى الالتزامات الثانوية ، فالقانون =

فصل القانون ذلك في بعض الوقائع المادية وفي بعض الأعمال القانونية ،
فبين حالات خاصة ، بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى عمل
قانوني ، وأنشأ في هذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر .
أما الحالات الخاصة التي تستند إلى واقعة مادية ، فهي التزامات الأسرة
والتزامات الجوار والتزامات القسوى والتزام حائر الشيء بعرضه إذا كان
علا للنزاع (١) . وأما الحالات الخاصة التي تستند إلى عمل قانوني ، فهذه
كلها تستند إلى الإرادة المنفردة (volonté unilatérale) ، كالإيجاب الملزم
والوعد بمجازة (٢) .

ويستخلص من ذلك أمران : (أولاً) أن القانون هو مصدر مباشر لبعض
الالتزامات . ومن ثم لاسيما إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص .
فالنص القانوني وحده هو الذي ينشئ هذه الالتزامات ، وهو مصدرها
الوحيد . (ثانياً) والنص وحده هو أيضاً الذي يتكفل بتعيين أركان الالتزام
القانوني وبيانه أحكامه .

ونبحث كلا من هاتين المسألتين .

هو المصدر الأول والآخر ، والنص القانوني هو الذي ينشئ الالتزام مباشرة دون أن يستند
في إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر .

وترى من ذلك أن القانون ينبغي وصايته على بعض الوقائع التي تكون مصدراً للالتزام ،
فبذلك يزمها ، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص . وهو في الوقت ذاته يحرر
بعض الوقائع من هذه الوصاية ، فيجلبها مصادر عامة للالتزام ، وهذه هي العادة والصل غير
المشروع والإتراء دون سبب .

(١) أنظر المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد ، وقد حفتها لجنة
المراجعة ، وسنود إليها فيما يلي . هنا وبلا حظ أن التزام رب العمل ، بخلاف التزامات
القسوى ، لها مصدر علم هو الإتراء بلا سبب .

(٢) وسنرى فيما يلي أن الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد
هي التزامات أنشأتها خصوص خلسة ، فهي التزامات قانونية . ولم ترق الإرادة المنفردة في
القانون الجديد إلى أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، بالرغم من أفراد فصل خلس لها .

المبحث الأول

النص هو الذى ينشئ الالتزام القانوني

٩٠٣- هل هناك سياسة تشريعية توفيقا للقانون في إنشاء الالتزامات

القانونية : رأينا أن المصدر المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته ، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديد ما إلا الرجوع إلى النصوص القانونية . فأبنا نجد نصا ينشئ التزاما ، فم التزام قانوني .

وقد يبدو أن الالتزامات القانونية ، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص ، تحلقها هذه النصوص محكما ، دون أن تكون هناك في إنشائها سياسة مرسومة . فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانوني ، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعي .

وهذا هو الظاهر . ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع في إنشاء الالتزامات القانونية ، كما يخضع في إنشاء سائر العلاقات القانونية ، إلى سنن طبيعية يطبعها عن شعور أو عن غير شعور .
ونين كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية في إنشاء الالتزامات القانونية.

المطلب الأول

الالتزامات القانونية التي تستند إلى الوقائع المادية

٩٠٤- الالتزامات الطبيعية: يدعى أن الإنسان يلتزم بإرادته في الحدود

التي يسمح بها القانون . فالالتزام الإرادي لا عناه في تبريره . وحيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة ، فالقانون هو الذى أوجده .

والقانون في إنشائه للالتزامات غير الإرادية يدخل في حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية . ولكنه لا يستطيع أن يتقيد هذه الاعتبارات وحدها ، بل يجب عليه أن يراعى اعتبارات أخرى في الصياغة القانونية ، أهمها أنه لا يستطيع

أن يصوغ التزاماً مهماً غير محدد ، أيا كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه . فهو لا يستطيع مثلاً أن ينشئ التزاماً إيجابياً يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يفيته عند الحاجة . مثل هذا الالتزام غير المحدد مقصود عليه أن يبق في دائرة الآداب والاجتماع . ويتناول القانون في رفق بعض فواحيه ، فيبرز منها ما يتمكن من تحديده ، ويصوغه التزامات قانونية ، فيقتل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون .

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان في الالتزامات السلبية ، لأنها أسهل تحديداً وأخف عبئاً وأظهر حاجة . فأوجد التزامين قانونيين أخذ بهما الناس كافة . قال في الأول منهما : لا تضر بالغير دون حق ، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاماً للالتزام . وقال في الثاني : لا تثر على حساب الغير دون سبب ، فوجد الإثراء دون سبب مصدراً عاماً آخر .

وهنا وقف القانون ، ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة كالتاعدتين الأوليين . ذلك أنه كان يقرر في هاتين القاعدتين التزامات سلبية . فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية ، ومن السهل عن الإضرار والإثراء إلى الأمر بالمعونة والمساعدة ، فم السر والتحكم ، إذ تختلط الحدود ، وتنبهم الضوابط .

٩٠٥ - **الالتزامات الإيجابية** : على أن القانون لم يسه أن يقف عند هذه الحدود السلبية ، بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية ولكن في كثير من الأداة . وإذا كان قد استطاع كما قلنا أن يقول في عبارة عامة : لا تضر بالغير ، ولا تثر على حساب الغير ، فإنه لم يستطع أن يقول : ساعد الغير ، في عبارة لها ذات العموم والشمول . قال : ساعد الغير ، ولكن في مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها .

فبدأ بمن ساعد الغير فعلاً من تلقاء نفسه - الفضولي - وقال له عليك أن تخضع في عملك ما دمت قد بدأت ، وعلبك أن تبذل فيه عناية عمودة ، وعلبك أن تقدم عنه حساباً . هذه هي الالتزامات القانونية التي ترتبها التصوص في فمة الفضولي ، ومصدرها القانون كما سبق أن قررنا .

ثم سار خطوة أوسع ، وأوجب مساعدة الغير ابتداء . ولكنه لم يستطع أن يرسم في ذلك التزامات محددة إلا في نطاق محدود : نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض أوثق الاتصال ، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة موطلة ، ونطاق أصحاب المهنة ، ونطاق الجمعيات والتقابات ، بل نظر في حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أى نحو الدولة .

أما في نطاق الأسرة ، فقد أنشأ التزامات قانونية مختلفة . من ذلك التزامات الزوجية ، والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء ، والالتزامات المتعلقة بالولاية والرعاية والقوامة ، والالتزام بالتفقة ، وغير ذلك من التزامات الأسرة . وكلها تقوم على التضامن الواجب فيما بين أفرادها .

وأما في نطاق الجوار ، فهناك التزامات سلبية : كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشة للجيران ، وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة وهناك التزامات إيجابية ، كاللزام الجار نحو جاره في الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، وكالالتزامات التي تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الذي يستتر به الجار ، وكالالتزامات التي تنشأ بسبب ملكية الطبقات في المبنى الواحد .

وفي نطاق المهنة ، أوجد القانون في ذمة رب العمل التزامات نحو عماله في تعويضهم عن مخاطر العمل ، وأوجد في ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو عملائهم فيحفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم ، وينخرطون في سلك هيئة واحدة .

وفي نطاق الجمعيات والتقابات ، أنشأ التزامات مختلفة في ذمة أعضاء هذه الجمعيات والتقابات تقوم على التعاون فيما بينهم .

ونظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة ، فأنشأ التزامات في ذمة أفرادها نحو الدولة ، أهمها الالتزام بدفع الضرائب .

والقانون في كل ما قلناه يتوخى سياسة واحدة : لا ينشئ التزاماً قانونياً إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعي ، ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم ،

معروف المدى، منضبط الحدود . وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذهباً جلوس
الطلاق السلي إلى الطلاق الإيجابي ، فانتقل من الالتزامات العامة التي يكون
مصدرها المباشر واقعة مادية ، إلى الالتزامات القانونية محددة تقوم مباشرة على
نصوص قانونية خاصة .

المطلب الثاني

الالتزامات القانونية التي تستند إلى الإرادة المنفردة^(٥)

٩٠٦- هل تستطيع الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً^(١) : رأينا فيما
تقدم أن العقد ، وهو تعلق إرادتين ، يعتبر مصدراً عاماً للالتزام ، فما هي
قيمة الإرادة المنفردة ، وهل تستطيع أن تنشئ التزاماً ؟ وإذا كانت تنشئ
الالتزام ، فهل هي كالعقد مصدراً عاماً للالتزام ، أو أن القانون يقتصر على
الاستناد إليها لإنشاء التزامات قانونية محدودة بمقتضى نصوص قانونية
خاصة ؟

لا شك في أن الإرادة المنفردة ، وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد
(acte juridique unilatéral)، تنتج آثاراً قانونية مختلفة. قد تكون سبباً لكسب
الحقوق العينية كالوصية ، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق
رهن ، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة ،
وقد تجعل عقداً يسرى على الغير كالإقرار ، وقد تنهى رابطة عقدية كنزول

(٥) ينسب للمراجع في الإرادة المنفردة : ديموج في الالتزامات بقرة ١٨ وما بعدها - سلال
الالتزامات بقرة ١٣٨ - بقرة ١٤٤ - وورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ -
جيهير (Guichard) رسالة من رن سنة ١٩٠١ - إليس (Elies) رسالة من باريس سنة
١٩٠٩ - تالاندييه (Talandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ - كولبرج (Goldberg)
رسالة من نانسى سنة ١٩١٣ - مارسكو (Marasco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ -
تارد (Tard) في تطورات القانون ص ١١٩ وما بعدها - ديميه (Duguit) في تطورات
القانون الخاص - نظرية العقد للؤلف بقرة ١٨٠ - بقرة ١٩٦ - الدكتور حلمي
هجت بدوى بك بقرة ٢٥ - بقرة ٧٨ - الدكتور حشمت أبو سبت بك بقرة ٤٠٤ -
بقرة ٤١٤ .

(١) نقل ما يلي من نظرية العقد للؤلف بقرة ١٨٠ - بقرة ١٨٥ .

الوكيل أو نزوله عن الوكالة . أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصي (الالتزام) أو إسقاطه ، فالإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد تقطع الحق الشخصي بالإبراء (م ٣٧١) ، وبقي أن نعرف هل هي أيضاً تنشئ الحق الشخصي ؟ وقبل أن نعالج هذه المسألة في القانون المدني الجديد ، نستعرض فيها نظريتين متعارضتين .

فالنظرية الفرنسية تنحى إلى أن الالتزام الذى يتولد عن عمل قانونى لا يكون مصلره إلا عقداً أى توافق إرادتين ، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً . وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسى من تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، وأصبحت من القواعد المفق عليها قهها وقضاء فى فرنسا (١) وفى مصر فى عهد القانون القديم (٢) . ولكن نظرية ألمانية ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً . وعلى رأس القائلين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان سيجل (Siegel) . فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام ، فمن يتماقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر ، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صلبه منه الإيجاب أن يعدل عنه . وقد انتصر لهذه النظرية غير سيجل من الفقهاء الألمان كثيرين (٣) ، وسائر الفقهاء الألمان بعض الفقهاء الفرنسيين (٤) .

-
- (١) بوى ويورد ١٦٦٠ فى ٣٨ م ٣٦ - م ٣٧ - أوبرى ورو ٤ فى ٣٤٢ -
لوران ١٥ فى ٤٦٥ - ديمولوب ٢٤ فى ٤٥ - ييلان فى الالتزامات ٥٨ .
محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ - ١٩٠٨ - ١ - ٤٠٤ .
(٢) والتون ١ م ١٧ - نظرية العقد للمؤلف فى ١٨١ - محكمة الاستئناف
المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ - ١٠١ - وفى ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ -
م ٣٢٢ - وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٣٢ .
(٣) أنظر جاكوبى (Jacobi) وكوتس (Kuntze) وكين (Koppen) ومازلمان
(Mannemann) وهولتندورف (Holtendorff) فى الرابع للشار إليها فى نظرية العقد
للمؤلف م ١٨٦ حاشى رقم ١ .
(٤) أنظر تارد (Tard) فى تطورات القانون م ١٢٠ - ديموج فى الالتزامات ١
فى ١٨ م ٥٥٥ - ٢٤ فى ٥٥٣ م ١٣٦ - كولان وكايتان ٢ م ٢٧١ - م ٢٧٢ -
ورمز فى رسالته الإرادة المنفردة بلويس سنة ١٨٩١ .
والأستاذ ورمز حو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى النظرية الإرادة المنفردة فى فرنسا ، إلى -

ويستند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج الآتية : (١) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يعد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها. صدر القانون . فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن تقصر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بمرض يقبله للجمهور ، أى لغير شخص معين . وقد يكون اللاتن في غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل . أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه أو قد أهله ، ففي كل هذه الفروض ، وهى فروض تقع كثيراً في العمل ، لا يمكن القول بوجود الالتزام في ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين ، فالقول يجوز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج . (٢) من الصعب أن توافق إرادتان توافقاً تاماً ، ولا يمكن الثبوت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحدة ، وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة . بل هو أيضاً مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان في مجلس واحد ، فإن أحد المتعاقدين لا بد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب . ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول . فالإيجاب والقبول يتعاقبان ، فإذا أردنا التأكيد من أنهما يتعاصران فيتوافقان ، فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول ، وهذا محض فرض نأخذ

— جانب الأستاذ سال الذى تول نشر النظريات الألمانية في كتابيه المرفوعين، الالتزامات في القانون الألماني والإعلان من الإرادة . وقد تشجع الأستاذ ورمز نظرية الإرادة المنفردة أكبر تشجيع ، وهو يرى أن التطور التاريخي للإرادة ، باعتبارها صفة للالتزام ، يدل على أنها تخلص تدريجياً من الأوضاع التي كانت تحوط بها ، وأن لها أن تنحصر من ذلك جهة واحدة ، فلا يبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام ، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكليات لا يزال باقياً ، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام . والذليل على أن الإرادة الواحدة هي التي تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يحل ، فإن العقد يتم رغمًا من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين ، ولا يمكن خضيق ذلك إلا بأن الإيجاب ، وهو إرادة منفردة ، ملزم بفاكه (رسالة الأستاذ ورمز من ١٦٥ و ١٦٦) . ويقول أيضاً إنه من سلتنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدرًا للالتزام ، فلا معنى لعدم الأخذ بهيئتنا المنع في العقد ذاته ، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاماً ، ظاهراً لا يستطيع أن تكون هي وحدها مصدر الالتزام إذا اقررت بإرادة أخرى ، فهل يمكن أن تكون الإرادة المنفردة إرادة أخرى أضحت من الإرادة المنفردة ! (أنظر رسالة الأستاذ ورمز من ٩٢) .

به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزعاً منها هي الإرادة الباطنة . والأولى أن نتجنب هذه الفروض وأن نواجه الحقيقة كما هي ، فالملتزم بالقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، فهو يوجد حقاً في فتمه لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته ، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد انضمام (adhésion) تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقاً دون إرادته . وقد لا تتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد : كما إذا عدل الموجب عن إعجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم ببدول الطرف الأول . (٣) ثم إنه ليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته ، فالإنسان حر في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون ، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه في نظرية توافق الإرادتين ، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاد الالتزام ، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها . أما القول بوجود توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغائبة التي كانت تحد من سلطان الإرادة ، قديماً كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة ، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر ، وأصبحت الإرادة هي التي توجد الأثر القانوني الذي تنجبه إليه ، فالواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية ، وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى . على أننا نطلب رضاء الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه ، ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام ، بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين .

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتي : (١) أن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح ، لأنه إذا أمكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائماً دون إرادته . فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن ، فامعنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ وإذا قيل إنه لا بد من إرادة الدائن حتى يصبح دائماً ، فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد . (٢) يقضى المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية الإرادة المنفردة . فإنه إذا قيل إن للإرادة المنفردة هذا السلطان ، وإن فيمكنها أن تولد التزاماً ، وجب القول أيضاً إنها تستطيع أن تقضى هذا الالتزام ، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تفعله تستطيع وحدها أن تحمله . وبهذا يصبح

الترام من التزام بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته ، فيكون الترام متحلاً . (٣) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة . فهي تفترض دائماً أن أحداً المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد: وبث فيه بقرار نهائى ، وأعلن طرفة عن إرادته ، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض . مع أن الأمر غير ذلك . فالذى يقع فى العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان ، وما يزالان فى أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر ، وكل إرادة تؤثر فى الأخرى وتعدل من اتجاهها ، حتى تتوافق الإرادتان ، وعند ذلك يتم العقد . ومن هنا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول ، بل كثيراً ما تؤثر فيها وتتفاعل حتى ينتج من تفاعلها إرادة متحدة هى العقد ، فكلتا الإرادتين اشتركت فى تكوين الالتزام ، ولم تستقل إحداها بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة .

والآن بعد أن استعرضنا حجج الفريقين ، نقف قليلاً لتقدير مبلغ ما فى نظرية الإرادة المنفردة من صحة . ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التى يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر إلى حد أن تلك قواعدها . أما أن الدين لا يوجد دون دائن ، فقد قلنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية ، وبترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور دين دون دائن ما دام الدين موجوداً وقت نشوء الدين وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك . أما القول بأنه إذا صح للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه ، فهذا خلط بين أثر الإرادة فى العالم النفسى وأثرها فى الروابط الاجتماعية . فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التى أوجدتها الإرادة ، ولا يجوز عندئذ المدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة ، فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استمرار التعامل . يبقى الاعتراض الثالث ، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحداها فى الأخرى . وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً ، أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن نميز مرحلة

تنتهي عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره الثاني ويصبح إيجاباً باتاً ، ولا شك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل غنطفة قبل أن يصبح كذلك ، ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر ، ولكن لاشك أيضاً في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاه في النهاية ، وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها . هنا إلى أن هناك أحوالاً كثيرة تقع في العمل ، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات ، ومن ذلك ما يجري في عقود الإذعان .

فنحن لا نرى فيها تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لمصلحتها . ولعلنا مع ذلك لا نعتقد أن الفرق كبير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية والفرنسية . ذلك أن الأساس المنطقي للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها ما دام يلتزم في دائرة القانون ، ولا حاجة لأن تقرن إرادة الدائن بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام . ونحن لا نرى لماذا لا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية المنطقية فحسب ، بل من الناحية القانونية أيضاً . وما دام القانون قد وصل في تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً في إيجاد الآثار القانونية ، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات ! يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة . ولكنه يستطيع أيضاً . وطبقاً لسلطان الإرادة ذاته . أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعة . فالالتزام الذي يقبله المدين بإرادته التزام محلول . وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية . فالتنظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام ينحل عنه في أي وقت شاء . والنظرية الثانية ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أي التزام . ولا يوجد فرق عملي كبير بين التزام غير موجود و التزام موجود ولكن يمكن التحلل منه . بقي أن النظرية الألمانية لا تسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحلل من التزامه إذا ولدت إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها . وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدت عند شخص معين . هو الدائن . ثقة مشروعة جعلته يطمئن إلى العمل بمقتضى

هذه الإرادة . إذا تحقق هذا القرض ، وألزمت النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة ، جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً ، ولكن لا بإرادته المنفردة ، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهي إرادة تستخلص من اطمئنائه لإرادة المدين والزول على مقتضاها في تصرفه . وسواء كان سبب التزام المدين في هذه الحالة هي إرادته المنفردة كما يقول الألمان ، أو العقد كما يقول الفرنسيون ، فالنتيجة العملية واحدة ، إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه في كلا القولين .

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين ، فإنه لا يفوتنا أن الأساس الذي بنى عليه كل منهما لا يزال مختلفاً . وهذا الاختلاف في الأساس قد يؤدي إلى نتائج ذات بال . ويمكن أن نشير هنا إلى أنه في القرض الأخير الذي عالجناه ، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته المنفردة ، كان التزامه موجوداً منذ صدور هذه الإرادة . أما إذا قلنا مع الفرنسيين إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين ، أي عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن . ثم إن التمسك مع النظرية الألمانية يجعلنا نخذف العقد من بين مصادر الالتزام ، ونحل الإرادة المنفردة محله . أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالاً للإرادة المنفردة بين هذه المصادر ، وتجعل العقد وحده هو العمل القانوني الذي ينشئ التزاماً .

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألماني ذاته لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، بل أخذ بها على سبيل الاستثناء في حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة (١) . أما المشروع الفرنسي الإبطال

(١) وقد نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدني الألماني على أن إنشاء الالتزام من طريق العمل القانوني لا يكون إلا بعد ، عما الأحوال التي ينشئ فيها القانون على خلاف ذلك . وفي هذا يقول المحققون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ما يأتي : « إن القرض من تحرير هذا الباب هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً لإنشاء الالتزامات ، في الحد الذي ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني . صحيح أنه طلب ، حتى من اللجنة الثانية (لضمير مشروع القانون الألماني) ، حذف هذا النص ، لتترك المسألة لتقدير القضاء . وقد كان هذا يسمح للقضاء ، مع تمسك القاعدة التقليدية ، أن يتوسع في الاستثناءات التي يمتثلها على القاعدة . ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي . ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يمتثل بها القانون ، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها -

قد جعل من الإرادة المنفردة ، إلى جانب العقد ، مصدراً عاماً للالتزام (١) . وسرى الآن أن القانون المصرى الجديد منج منج القانون الألمانى ، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا فى حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة .

٩٠٧ - إلى أى حد أثر القانون الفرنى الجديد بالدراسة المنفردة

مصدراً للالتزام : كان المشروع التمهيدى لقانون الفرنى الجديد ينص فى المادة ٢٢٨ منه على ما يأتى :

« القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد لادة منفردة يكون من المصطلح تصورهما على احبار أهما استثناء من القاعدة الواردة فى المادة ٣٠٥ ، وتطبيق لفظة الإرادة المنفردة » (الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى م ٣٠٥)

هنا وقد احتاط المشرع الألمانى فى أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام لاعتبارات عملية . وفى هذا يقول سالى : « لما كان المشرع الألمانى قد رفض الأخذ بالنظرية كبراً عام ، فذلك راجع دون شك للأسباب التى أبدعها برتر (Bruns) ، فمن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للارادة ، إذ يصعب ، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة ، أن تتبين هل تلك التزم بالت جدى ، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزئاً دون أن يقصد صاحبه أن يقيد به » (الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٤٢) .

(١) وقد أثير المشروع الفرنسى الإبطال بقصد فصل خبر للارادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام . نقضى فى المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، وانقرت بأجل محدد ، نزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجبت إليه ولم يرفضها ، وتطبق على الإرادة المنفردة القواعد التى تطبق على العقد عما القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإبطال أن هذا النص كان مثاراً للشفقة بين أعضاء اللجنين الفرنسية والإيطالية . فقد ظن البعض أن فى تحرير هذا المبدأ تعديداً جريماً لا يخلطه الميل ، ولكن هذا الاعتراض ، إنما كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة إلى القانون الفرنسى . غير وجيه بالنسبة إلى القانون الإيطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالى على أنه فى العقود للزعة الجانب واحد يجبر الإيجاب ملزماً بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه ، والتجديد ليس إذن كبيراً بالنسبة إلى هذا القانون . ومن القيد إدخاله فى القانون الفرنسى ، فهو يضع حداً للحلل فى تصرف طيبة بين الأشخاص القانونية ، هل هى عقود أو هى مجرد لادة منفردة ، كما فى نظير الفار ، وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر من الشخص من وعد ، بالتزمى به ما يقضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدوداً مقولة لهذا التجديد ، فهو لم تنسك بالضرورة الموضوعية للعقد من الأهلية ومعرفة المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة للزعة تامة بالكتابة ، وأن تعد مدة ليلتها ملزمة (أنظر ص ٧١ - ص ٧٢ من المذكرة الإيضاحية المذكورة) .

١ - إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة .
فلن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه
إليه ما دام هذا لم يرفضه .

٢ - وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما تعلق منها
بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام .

٣ - يبقى الإيجاب فى العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به . ويسرى حكم
المادة التالية على كل وعد يجائز يوجه إلى الجمهور (١) .

فكان هذا النص ، على غرار المشروع الفرنسى الإطالى فى مادته الستين ،
يصل الإرادة المنفردة مصدرأ عاماً للالتزام ، مثلها فى ذلك مثل العقد .
وكان يشترط لذلك أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة ، وأن تحدد لها مدة
معينة إذا رفضت فى خلالها سقطت . أما إذا لم ترفض ، فلأنها تكون ملزمة
لصاحبها من الوقت الذى تصل فيه إلى علم من وجهت إليه ، شأنها فى ذلك
شأن كل تعبير عن الإرادة . ويسرى على الإرادة المنفردة ما يسرى على العقد
من أحكام ، فيجب توافر الأهلية ، وخلو الإرادة مما يشوب الرضا من عيوب ،
وقيام محل توافر فيه الشرائط اللازمة : ووجود سبب مشروع . ويستثنى
من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين . ما دامت
الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التصيرية ٢ من ٣٣٨ فى المجلد .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمى ، شرحاً لهذا النص ، ما يأتى :
« ١ - لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من
وجه إليه ، شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . فيجوز الدلول عنه بعد صدور
وصل هذا الدلول إلى علم من وجه إليه قبل وصول الوعد ذاته أو وقت وصوله وفقاً لأحكام
القواعد العامة . بيد أن الوعد الصادر من جانب واحد يجائز بترتيب حكمه دون حاجة إلى القبول ،
وهذا ما يفرقه عن العقود . فيكفى لقومه أن يصل إلى علم من وجه إليه وألا يرضه هذا .
ولسكنه يسقط فى حالة الرضى ، إذ لا يجوز أن يجبر أحد على أن يكسب خفا على رغبة . وهو
من هذا الوجه يختلف اختلافاً بيناً عن العقد ، فالقيد لا يتم إلا بقبول المان وصول هذا القبول
إلى علم من صدر الإيجاب عنه . ومن الأهلية يمكن تبينها إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة لل
الارتباط بوعد من جانب واحد ، أم لا مجرد الإيجاب . فنل للعلم أن الإيجاب ، وإن كانت
له قوة فى الإلزام من حيث عدم جواز الدلول عنه ، لابد أن يقتصر بالقبول حتى ينشأ الالتزام
الذى يراد ترتيبه . ٢ - ونفرض عند شك فى معنى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد =

ولو بقي هذا النص فانتقل إلى القانون المدني الجديد ، لكانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد ، ولوجب إفراد باب خاص بها تطالج فيه على النحو الذي رأيناه في العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب (١) . ولكن النص حذف في لجنة المراجعة . وكان حذفه ، علولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المتصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً (٢) .

وينبغي من ذلك أن لجنة المراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية ترد في نصوص قانونية خاصة . وعلى هذا النهج سار المشروع في سائر مراحل حتى أصبح قانوناً .

= الإيجاب . وقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على طائفتين الأولى يدعي ذلك . ويكون الإثبات بالكتابة دائماً ، ولو كانت قيمة الوعد لا تتجاوز عشرة جنيهات . وكذلك يجب أن تتضمن وثيقة الوعد بيان للدة التي يبق الواعد خلالها ملتزماً بما وعد . ٣ - ومنى تقرر مبدأ الالتزام بمجرد الوعد ، تبين سريان أحكام العقود عليه . ويترتب على ذلك وجوب توافر أهلية المتعاقد في الواعد ، وخلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب ، وقيل التزمه على سبب وعمل تتوافر فيها الشروط اللازمة . ويستثنى من هذه الأحكام بضاعه ما يبتلى بضرورة توافيق الإرادتين ما دلت الإرادة المنفردة هي مصدر الالتزام . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٣٨ - ٣٣٩ في المالحش) .

(١) وقد جاء في النظرة العامة للذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « جعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، متخذاً في ذلك مثال للمشروع الفرنسي الإيطالي . وليس يقتصر الأمر في إسناد قوة الالتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سوف تعدم أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأي بين فكرة المتعاقد وفكرة النتيجة الواحدة في تكليف طبيعة بعض التصرفات ، كمرض الثمن على العائنين للقيمة حقوقهم عند تطهير العقار ، (الذكورة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ص ٥٤) ، وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالهوء استجابة لما يقتضى حسن النية ، (الذكورة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ص ٥٤) في نطاق التملك ، ولكن هذا التعيد مهم يمكن حظه من البراءة ، يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لمبدأ لزوم الإيجاب . ففي اعرف للايجاب بقوة الإلزام ، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد ، ذلك أن التزام المتلقى نفسه يؤدي إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه عام . (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٣٩ - ٣٣٧ في المالحش) .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٣٣٩ في المالحش .

٩٠٨ - الالتزامات التي تنشأها الإرادة المنفردة في القانون المدني

المجيز هي التزامات قانونية، ومصدرها المباشر هو القانون. ولم تنبئ الهيئات المختصة التي تعاقبت على نظر مشروع القانون المدني. منذ لجنة المراجعة، لهذا التغيير الجوهرى في مصدر الالتزامات التي تنشأها الإرادة المنفردة. فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات. وفقاً للمشروع التمهيدى. هي الإرادة المنفردة ذاتها. وقد ارتقت إلى مقام العقد، فأصبحت مصدراً عاماً للالتزام. ومن ثم عقد المشروع التمهيدى للإرادة المنفردة فصلاً خاصاً بها، كما عقد فصلاً خاصاً للمصادر العامة الأخرى وهي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب. ولكن بعد أن نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية، وبمقتضى نص خاص، لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام. وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقره القانون، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاماً مصدوره القانون، وحذف الفصل الخاص بالمعقود للإرادة المنفردة في المشروع التمهيدى، وإدماجه في الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام. وهنا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله.

ولم فرد أن نسائر هذا الخطأ في التبويب. فلم نعقد للإرادة المنفردة باباً خاصاً بها يأتى بعد الباب المخصص للعقد، كما فعل القانون المدني الجديد، بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم في الالتزامات التي يكون القانون هو مصدرها المباشر، فنجعل الالتزامات التي تنشأها الإرادة المنفردة تدخل في هذا النطاق.

فالقاعدة إذن في القانون المدني الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد في نص قانونى. ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر، وهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه.

وقد وردت نصوص متناثرة في نواحي القانون تجعل الالتزام ينفذا من
لإرادة منفردة . نذكر من ذلك :

(١) الإيجاب المزم . وقد ورد فيه النص الآتي (م ٩٣) : ١ - إذا
عين ميعاد لقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن يتقضى هذا الميعاد .
٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة . . وقد
فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام في الإيجاب .

(٢) المؤسسات، وقد ورد فيها النص الآتي (م ٧٠قرة ١) : ويكون إنشاء
المؤسسة بسند رسمي أو بوصية . فلإرادة المنشئ المنفردة هي التي توجد
المؤسسة . وهذه الإرادة يصلرها صاحبها لتنتج أثرها إما في حياته ، أو بعد
موته بوصية . ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التي
أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لها . ومن ثم نرى أن الإرادة
المنفردة هنا أوجدت شخصاً متنوياً ، وأنشأت التزاماً نحو هذا الشخص
المعنوي (١) .

(٣) تطهير المقار المرهون رهناً رسمياً ، وقد ورد فيه النص الآتي
(م ١٠٦٦) : « يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن
يوفي الديون المقتبلة إلى القدر الذي قوم به المقار . وليس عليه أن يصحب
العرض بالمبلغ تقدماً ، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ

(١) أنظر نظرية العدد للزلف ققرة ١٩٣ - ققرة ١٩٤ .

ومما يدل على أن لإرادة النصي المؤسسة قد أنشأت التزاماً في ذاته نحو هذه المؤسسة أن
الفرع شبه إنشاء المؤسسة بالهبة أو الوصية في خصوص المعنوي الوليعة ، فنس في المادة ٧١
على أنه « يعتبر إنشاء المؤسسة بالهبة إلى دائي المنشئ وورثته بمثابة هبة أو وصية . فإذا
كانت المؤسسة قد أنشئت إنشئاً محرراً بمقتضىهم ، جاز لهم مباشرة الدعوى التي يقررها القانون في
مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الدائيات والوصايا . غير أن الهبة لا تكون إلا بعد ، أما إنشاء
المؤسسة فتكون بإرادة منفردة .

وكما تنفأ المؤسسة بإرادة منفردة ، يجوز الرجوع فيها بإرادة منفردة كذلك إلى أن يتم
شهرها . وقد نصت المادة ٧٢ على أنه « متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن أنشأها
أن يعدل عنها بسند رسمي آخر ، وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩ . . وبمجيئ
أن المؤسسة إذا أنشئت بوصية جاز الرجوع فيها دائماً حتى موت الموصي ، شأنها في ذلك شأن
كل وصية .

واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يورق الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به القار ، وذلك بمجرد إعلانه رغبته في تطهير القار بتوجيهه إلى الشائتين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو المبين في المادة ١٠٦٥ .

(٤) الوعد بمجازاة الموجه إلى الجمهور ، وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢ . ولما كان هذا النص ينشئ التزاماً قانونياً أولى مكان يبحثه هو هذا الباب ، فستولى بحثه تفصيلاً فيما يلي (١) .

(١) ويدخل في تطبيقات الإرادة المنفردة منتهية للالتزام السند الملحق . وكيف عادة بأن هناك عقداً مجرداً (content abstrait) تم بين الساحب وأول حامل السند ، وهذا العقد هو الذي ولد الالتزام في ذمة الساحب . وقد حول الملحق الأول حقه إلى آخر ، وهذا إلى غيره ، إلى أن وصل السند إلى الملحق الأخير . إلا أن هناك فروضاً لا تنزل على هذا التكيف . فقد يكتب الساحب السند ، وقبل أن يسله لأحد يضيغ منه أو يسرق ، فتبطله الأيدي إلى أن يقع في يد شخص حسن النية ، فيكون لهذا الشخص الحق في استيفاء قيمته من الساحب . ولا يمكن أن يقال هنا إن الساحب ملزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل ، فإن هذا كان شخصاً عثر على السند وهو ضائع أو لمأ سرقه . فلم يبق إذن لضيق هذا الالتزام إلا أن يقول إن الساحب قد التزم بإرادته المنفردة التزاماً مجرداً . كذلك إذا فرض أن الساحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته ، ثم تداولت الأيدي السند ، فهو (أو ورثته) يبقى ملزماً ، ومصدر التزامه لا يمكن أن يكون عقداً في هذه الحالة ، فليس إلا إرادته المنفردة مصدراً للالتزام هنا . وقد نص القانون الآن صراحة على الحلول المنظمة ، ففرضت المادة ٧٩٤ بأن من صدر منه سند ملحق يلتزم به ، حتى لو سرق منه أو ضاع ، وحتى لو تبادلته الأيدي ورغم إرادته بأى شكل كان . وتقتضى المادة فاتها بأن السند الملحق يبقى حائزاً لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو قد أهلية قبل التعامل به (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٥) .

أما التزامات القبول فقد قلنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة ، بل من واقعة مادية هي أن يتول القبول شيئاً لرب السمل . ولا يمكن للالتزام القبول أن يظهر إرادته في أن يتول شيئاً لرب السمل ، مهما كانت هذه الإرادة واضحة ، ما دام لم يتول هذا الشأن بالفعل . فالسمل الملحق ، لا إرادة القبول ، هو الذي ينشئ في ذمة القبول التزاماته المبرورة .

وكذلك التزام المصدع نحو التمتع في الاشتراط لصحة التبرع مبرور لا الإرادة المنفردة . وقد مر بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الاختصاص لصحة التبرع .

المبحث الثاني

النص هو الذى يبين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه

المطلب الأول

القاعدة العامة

٩٠٩- أركان الالتزام القانونى : رأينا أن النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى ، ويصدر مباشرة عنه . والنص كذلك هو الذى يبين أركان هذا الالتزام . وقد استعرضنا طاقة من الالتزامات القانونية فيما تقدم . فالرجوع إلى النص ، فى كل التزام قانونى منها على حدة ، هو الذى يبين مدى هذا الالتزام والأركان التى يقوم عليها .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية ، كسائر الالتزامات ، تكون إما التزاماً بإعطاء (obligation de donner) ، أو التزاماً بعمل (obligation de faire) ، أو التزاماً بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire) . مثل الالتزام القانونى بالإعطاء الالتزام بالنفقة ، والالتزام بدفع الضرائب ، والالتزام بتعويض العامل عن غمطر العمل . ومثل الالتزام القانونى بالعمل التزام الولى أن يدير أموال القاصر ، والتزام الجار أن يشترك فى وضع حد للكلب المتعصق بمكان جاره . ومثل الالتزام القانونى بالامتناع عن عمل التزام الجار ألا يهلم الحائط الذى يستتر به جاره دون عنز قوى ، والتزامه ألا يحدث ضرراً فاحشاً للجيران . والالتزام القانونى ، كسائر الالتزامات ، رابطة ما بين دائن ومدين . وتقوم هذه الرابطة على عمل مستوف لشرائطه . ولما كان القانون فى الالتزام القانونى المبني على واقعة مادية هو الذى يبين هذا العمل على النحو الذى يبينه ، إعطاء كان أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإن العمل لا بد أن يكون قد استوفى الشرائط الواجبة . فلا صعوبة يمكن أن تثار من هذه الناحية .

والسبب لا يكون ركناً فى الالتزام القانونى إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة ، فقد رأينا أن السبب يتصل بالإرادة . ويترتب على ذلك أن الالتزام القانونى

الذى يقوم على إرادة منفردة، كالإيجاب الملزم والوعد بمجازة، يجب أن يكون مبنياً على سبب مشروع . وإلا كانت الإرادة باطلة لا تنتج أثراً . وكذلك الحل في الالتزام القانوني المبني على الإرادة المنفردة تعينه هذه الإرادة ، فيجب في تعيينه أن يكون مستوفياً لشرائطه على النحو الذى قدمناه عند الكلام في الحل .

والأهلية إنما يجب توافرها في الالتزام القانوني المبني على الإرادة المنفردة . أما الالتزام القانوني المبني على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك . وقد كان هذا الحكم منصوباً عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «ولا تشترط أية أهلية في هذه الالتزامات (القانونية المبنية على وقائع مادية) ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك» . فحذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، فهو مفهوم من مقتضى تطبيق القواعد العامة (١) . ومن الأمثلة على التزام قانوني مبني على واقعة مادية يشترط النص فيه أهلية خاصة التزامات القضولى ، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ تنص على أنه «إذا لم تتوافر في القضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولاً عن إرادته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع » . وكذلك ورثة القضولى عندما أوجب القانون عليهم أن يحطروا رب العمل بموت مورثهم

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٩٣ — وانظر أيضاً فقرة ٩٠١ في المجلد ١ . ويلاحظ أن المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى ومما أتى تحاليل المادة ١٩٨ من القانون المدنى الجديد ، لم ترمض إلا للالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية ، لأن الإرادة المنفردة في الفروع التمهيدى كانت مصدرها ملماً للالتزام كالمسئله ، فلم تشمل الالتزامات الناشئة عنها في نطاق هذا المس . ومن ثم كان مفهوماً أن تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ على أنه لا تشترط أية أهلية في الالتزامات القانونية .

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في صدد الأهلية في الالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية ، ما يأتى : «ونتأى الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالاً عن إرادة ذوى الشأن ، فهي لا تختص فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من القانون السابق) . ومع هذا فقد يطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات ، مراعى في ذلك أنها لا ترتب بحيز من الإرادة . ومن هذا الجليل ما يقع من الالتزامات على عائق القضولى ، إذ يشترط القانون لترتيبه أن يكون من حصصى شأن من شؤون الغير تخضلاً لأهلاً لتصلده » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٤٩٢ — ص ٤٩٣) .

وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل ، اشترط النص (م) ١٩٤ ققرة ٢ وم ٧١٧ ققرة ٢) لقيام هذا الالتزام أن تتوافر فيهم الأهلية . وتشترط المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية في الوصي أن يكون ذا أهلية كاملة .

٩١٠- أعلام الالتزام القانوني : وكذلك النص هو الذي يبين أحكام الالتزام القانوني ، فيرجع في كل التزام إلى النص الذي أنشأ لمعركة هذه الأحكام .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانوني ، كسائر الالتزامات ، ينفذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، وإلا انتهى إلى تعويض يقدر طبقاً للقواعد العامة . وقد تبين طبيعة الالتزام القانوني شيئاً من أحكامه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بأن طبيعة دين النفقة تجمله خاصاً بشخص من ترتب في ذمته هذا الدين ، ومن ثم تكون وفاة المحكوم عليه مسقطاً لحكم النفقة ، بحيث لا يبقى لهذا الحكم من الأثر على تركته إلا بمقدار المستحق من النفقة الذي كان واجب الأداء قبل الوفاة (١) .

٩١١- تطبيقات مختصرة : ونأتى ببعض تطبيقات على ما قدمناه من أن النص هو الذي يبين أركان الالتزام القانوني ويتكفل ببيان أحكامه . وبمعنى قبل ذلك أن نبين أنه ليس من الضروري أن يكون النص موجوداً في القانون المدني ، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين المختلفة قد تتضمن نصوصاً تنشئ التزامات قانونية ، وتتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وبيان أحكامه .

فن الالتزامات القانونية التزامات الفضولي ، وقد سبق أن فصلناها راجعين فيها إلى النصوص المدنية التي أنشأتها، ورأينا كيف أن هذه النصوص هي التي

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/١١١
س ١٩١ — وانظر في القضاء المخطط في مسألة دين النفقة النصوص عليه في القانون المدني
القديم (مواد ١٥٤ — ٢١٦/١٥٧ — ٢٢٠) تطبق الأستاذ بطرودس على
القانون المدني القديم جز ٢ ص ٦٠٩ — س ٦٠٥ .

تعيين أركان الالتزام وتبين أحكامه .

ومن الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضرائب . وهذا الالتزام يرجع في تعيين أركانه وبيان أحكامه إلى القوانين المالية الخاصة بالضرائب على العقار والمقول وكسب العمل والإيراد العام وغير ذلك من الضرائب المختلفة .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الأسرة ، ويدخل فيها واجبات كل من الزوجين والعلاقة ما بين الوالدين والأولاد والنفقة بمختلف أنواعها والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام . وهذه كلها يرجع في تعيين أركانها وفي بيان أحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية ، وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية ، ثم إلى قانون المحاكم الحسبية .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الجوار ، ويرجع فيها إلى نصوص القانون المدني في الكثرة الغالبة من الأحوال . وهذه النصوص تفرض على الجيران التزامات كثيرة متنوعة ، منها إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك والحائط الملاصق ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الشيوع في الملك .

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد يتضمن نصاً ينشئ التزاماً قانونياً في ذمة كل من حاز شيئاً أو أحرزه ، بأن يمرض هذا الشيء على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأنه أدخل في باب المرافعات (١) .

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٤٩٢ في الخامس . هذا والنص المشار إليه هو للادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدى ، وكان يجرى على الوجه الآتى : ١ - كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بمرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقاً ببنات أو أوراق أخرى ، فلفحص أن يأمر بمرضها على ذى الشأن وتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له . ٢ - على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بمرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن مرضه . ٣ - ويكون مرض الشيء في المكان الذى يوجد فيه وقت طلب المرض ، ما لم يبين القاضي مكاناً آخر . وعلى طالب المرض أن يقوم بدفع ثقاته مقدماً . والقاضي أن يقرر مرض الشيء =

وما قلتمناه من التطبيقات يتعلق بالالتزامات القانونية مبنية على وقائع مادية .

== على عدم كفاية نصن لمن أحرز الشيء سوى ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض .
وقد جاء في النظر العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « ومع ذلك فقد روي أن ينس استثناء على الالتزام بتقديم شيء . ذلك أن هذا الالتزام لم يتقرر بمكان في سائر نواحي التشريع ، ولهذا أفرد له نص خاص أخذ عن المشروع الفرنسي الإطالي . ورامى أن هذا المشروع قد استلهم في هذا الشأن ما ورد من الأحكام في التقنين الألباني والويسري .
وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : ١ - يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنس القانون . ويقتضي ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (أ) أولها أن يدعى شخص يحق يتلقى به ، شخصيا كان الحق أم عينيا . (ب) والثاني أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء كان هذا الشخص خصيا في الدعوى أم لم يكن خصيا فيها . (ج) والثالث أن يكون نفس الشيء ضرورياً لبيت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، ورجح تقدير هذا الضرورة للقاضي . فيجوز مثلا لملك الشيء الموقوف أن يطلب من يشبه في حيازته بهرضه عليه ليثبت من ذاته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من مائة الترميمات التي أجراها موته ، حتى ينسب له أن يبين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . ٢ - فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه جنفاً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن نصس الوثيقة قد يكون ضرورياً لا بيت في وجود الحق المدعى به وتبين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب . والثاني أن القاضي أن يأمر ، عند الاقتضاء ، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلا لشخص الأرض ، إذا تعهد برفاء بما يفي من ثمن آلة زراعية ملحق بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتبين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لوطلب يدعى أنه عزل كصفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته القضاء ، ليستخلص منه الدليل على التصف . ٣ - فإذا اجتمعت الشروط للتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر برفض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتسكك للدين بصلحة مقروعة أو سبب قوى للاعتناع كالحرس على حرمة سر عائل مثلا . والأسفل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك ، كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون خفائ العرض على عائق من يطلبه ، ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لفصل تمويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض .
(مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٩٠ و ٤٩١ - ص ٤٩٢ في الملحق) .

وبعد أن حنف هذا النص الملحق ، لم يعد هناك إلا نصوص متناثرة في قوانين مختلفة لا تنسح لا كان هذا النص ينسح له . من ذلك ما جاء في المادة ١٦ من قانون التجارة : « لا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالإطلاع على الدفترين للتقدم ذكرهما ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المناعة أو مواد التراكات وقسة الشركات وفي حالة الإفلاس ، وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تقاء خصيا بالإطلاع على تلك الدفاتر . » وما جاء في المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز للنصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزامه خصه =

وكذلك الحال في الالتزامات القانونية المبنية على الإرادة المفردة ، وقد أوردنا طائفة منها فيما قدمناه . فهذه أيضاً تتكفل النصوص القانونية التي أنشأتها بتعيين أركانها وبيان أحكامها . وقد رأينا تطبيقاً لذلك في الإيجاب الملزم . وننقل الآن لتطبيق آخر في الوعد بجائزة ، ونفرد له مطلباً خاصاً .

المطلب الثاني

تطبيق خاص

الوعد بجائزة (الجمالة)

٩١٢ - **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٦٢ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

١ - من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطائه الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

٢ - وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان المدول للجمهور (١) .

= يقدم أيقورة متجة في الدعوى تكون تحت يده : ١ - إذا كان القانون يحيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها . ٢ - إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت عمدة لصحة الحصين أو كانت شعبة لالتزاماتها وحقوقها التابعة . ٣ - إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى . وما جاء في المادة ٢٥٩ من قانون الرافضات الجديد : « يجوز للصيغة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأخذ في إدخال التبريل لإزالة تقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة » . أنظر أيضاً المواد ١٨٥ إلى ١٨٨ من قانون الرافضات الجديد .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص في المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - من وجه للجمهور وعداً أن يعطي جائزة لمن يقوم بعمل معين ، التزم بإعطائه =

وقد أنشأ هذا النص التزاماً قانونياً بناء على الإرادة المنفردة . فالنص إذن هو الذى يعين أركان هذا الالتزام القانونى ، وهو الذى يبين أحكامه .

— المآثرة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالمآثرة . ٢ — وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان الجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من قام بالعمل قبل الرجوع فى الوعد . ٣ — أما إذا كان هناك من بدأ فى العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع فى الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق ، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز فى ذلك قيمة المآثرة الموعود بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع فى الوعد .

وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثالثة اكتفاء بمبارة تضاف فى آخر الفقرة الثانية وإدخال بنسب التعديلات القطعية ، فأصبح النص التام ما يأتى : ١٥ — من وجه الجمهور وعداً بمآثرة يعطيها لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطائه المآثرة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالمآثرة . ٢ — وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان الجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتنه ، جاز المحكم له بتصويت عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة المآثرة . وأصبح رقم المادة ١٦٦ فى المشروع التام . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة ، انتهت بأن أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى عبارة « أو دون علم بها » ، وهذه الإضافة تجعل النص أوضح لأن المقصود هو أن يلتزم من يعد بإعطائه المآثرة بما تعد بأدائه ما دام الطرف الآخر قد تم بالعمل الذى خصصت المآثرة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد . وحذفت اللجنة من آخر الفقرة الثانية عبارة « فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتنه جاز المحكم له بتصويت عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة المآثرة » ، وقد راعت اللجنة فى المنفذ أن تترك المسألة للقواعد العامة ، فضلاً عن أن نص المشروع يضى إلى منازعات كثيرة غير عادة . وأضافت حكماً جديداً أخرجه فى العبارة الآتية : « وتسقط دعوى المطالبة بالمآثرة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان المدول بالجمهور » ، وقد راعت اللجنة فى هذه الإضافة أن تخطئ السبل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بالمآثرة بعد إعلان المدول وحسم المنازعات التى تنشأ بسبب عادم التمسك على المآثرة وصعوبة الإثبات ، وذلك جعل مدة سقوط ستة أشهر . وأصبح رقم المادة ١٦٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٢٨ — ص ٢٤٩) .

وقد جاء فى الظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التامى فى هذا الصدد ما يأتى : « عمد المشروع إلى إيراد أم تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة ، فرض لأحكام الوعد بالمآثرة إذا وجه للجمهور ، وخالف المشروع القرنى الإبطال بشأنها ، فلا يزال هذا المشروع مبقياً على الأساس التامى ذلك الوعد دون أن يتفق ذلك بتبديل شاف . وليس صحيحاً على وجه الإطلاع أن يقال إن هذا التكييف التامى يرد إلى ما لو وعد من خصصة تبادلية ، وأن الوعد لا يتم . لا برضا يصر من لرادين (المذكرة الإيضاحية للمشروع القرنى الإبطال ص ٥٦) ، فواقع أنه لا يبعد أن مجرد استظهار معنى إتمام أحكام الوعد بشفرة لرادين ، —

٩١٣ - أثره التزام الواعد بالجائزة : ويتبين من النص أن التزام

الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية :

(١) أن تصدر من الواعد إرادة باتة ، وهذه هي الإرادة المنفردة . فيجب أن تصل الإرادة إلى مرحلة النيات كما في الإيجاب اليات . ويجب أيضاً أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به ، وأن تخلو إرادته من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ويجب أن تقوم الإرادة على عمل مستوف لشراطة ، وأن تنجبه إلى سبب مشروع .

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور . فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين ، خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة بالمعنى المقصود ، وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد من أن يقرن بها القبول ، وتصبح عندئذ عقداً لا إرادة منفردة . فتوجيه الإرادة إلى الجمهور ، أى إلى أشخاص غير معينين بالنيات ، هو الذى يكسب الوعد بجائزة طابعه الذى يتميز به .

(٣) أن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علنى . ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة ، كالإعلان في الصحف أو توزيع النشرات أو المناذرة في الطرقات . والمهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علنى ، وأن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة .

(٤) أن تتضمن الإرادة أمراً على الأقل : (أولاً) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها . وقد تكون الجائزة مبلغاً من النقود ، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أو سندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أو دفع نفقات رحلة أو نحو ذلك . ولا شيء يمنع من أن تكون الجائزة قيمتها أديبة ، كوسام أو شارة أو كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير . (ثانياً) شيئاً معيناً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة ، كالشور على شيء ضائع أو وضع

سوموما يحقق في كل الأحوال . بل الجمهورى في هذا الصدد هو إبراز وجه افراد الإرادة بترتيب التزام الواعد ، فهو يلتزم بمشيئة وحدها لئلا من يقوم بالسبل المطلوب ولو كان مجهول معلوم الوعد . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٣٦) .

أنظر في نصوص التخصيصات المعدية في الوعد بجائزة (م ٦٥٧ و ٦٥٨ من التفتين الألمان وم ٨ من تفتين الالتزامات السويسرى وم ٤ من المصروع الفرنسي الإيطالى) نظرية العقد المؤقتة ١٩٠ .

أفضل تصميم هنلمى أو النجاح فى امتحان أو الفوز فى مسابقة أو الاهتداء إلى دواء أو الكشف عن اختراع أو نحو ذلك . ويستوى أن يكون الوعد قد حددت له مدة أو لم تحدد ، ففى الحالتين يلتزم الواعد ، ولكن كل حالة لها حكمها على ما سنرى .

٩١٤- **أحكام الالتزام - الوعد صرحت له مدة** فإذا اجتمعت الأركان المتقدمة الذكر ، قام التزام الواعد ، وترتب عليه حكمه . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة يجب إنجاز العمل المطلوب فى خلالها وما إذا لم تكن هناك مدة محددة .

فإذا كان الواعد قد حدد مدة اشترط أن يتم العمل فى خلالها ، التزم نهائياً بإدائه ، ولم يكن له حق الرجوع . فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب ، انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته ، ولو قام بعد ذلك شخص بهذا العمل . ولا يكون الواعد فى هذه الحالة مسئولاً نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد ، ولكن قد يكون مسئولاً نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب .

أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب فى خلال المدة المحددة ، أصبح من قلم بهذا العمل دائماً للواعد بالجائزة الموعودة ، سواء قام بالعمل عن رغبة فى الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده هذه الرغبة ، بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم بها ، وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها (١) . وهنا هو الذى يجعل الالتزام بالوعد التزاماً بإعادة منفردة ، فإن الواعد يصبح ملتزماً بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل ، حتى لو كان من قام بالعمل يجهل وجود الجائزة ، أو قام به قبل إعلان الجائزة ، فلا يتصور أن يكون هناك عقد تم بينه وبين الواعد ، ولا يبقى إلا أن يكون

(١) وقد أسألت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إلى آخر الفترة الأولى من المادة ١٦٢ عبارة « أو دون علم بها » لتشمل الفترة « الصور التى تكون فيها جوائز يعلن عنها الجمهور من أعمال تمت قبل أو بعد الوعد » ، ولو كان الشخص التائم بالمثل قد قام به دون علم بوجود الجائزة . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥) .

الواعد قد التزم بإرادته المنفردة (١) .

٩١٥- الوعد لم تحدد مده : أما إذا لم يحدد الواعد مدة يوم العمل في خلالها ، التزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر منه . فإذا قام شخص بالعمل المطلوب في مدة معقولة (٢) استحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها ، أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبة في ١ ، لأن الواعد إنما يلتزم ، كما قلنا ، بإرادته المنفردة .

ولكن الواعد ، ما دام لم يحدد مدة لوعده ، يكون له حق الرجوع فيه . ويكون الرجوع في الوعد بالعالية ذاتها التي تم بها الوعد . وهنا لا تخلو الحال ، في الفترة ما بين إعلان الوعد والرجوع فيه ، من أحد فرضين : فإما ألا يكون أحد قد أتم العمل المطلوب ، وإما أن يكون هناك من أتم هذا العمل .

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده بعد أن رجع فيه . وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ في تنفيذ العمل المطلوب . أما إذا كان هناك من بدأ في تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه ، فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل ، هو قيمة ما أصابه من الضرر دون مجاورة ل مقدار الجائزة ، ولكن لا بمقتضى الوعد الذي سقط بالرجوع فيه ، بل بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية . ويرتب على ذلك أن

(١) ونقول المذكور للإيضاحية للصروح التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يجب الفرضي بصد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما إذا كان قد ترك للذة دون تحديد . ففي الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها ، دون أن يكون له أن يسل من وعده خلال المدة المحددة . فإذا انقضت هذه المدة ولم يتم أحد بالعمل المطلوب ، تحلل الواعد من وعده ولو أتم هذا العمل فيما بعد . أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء اللذة ، فيصح من ثم به دائماً بالجائزة من فوره ، ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها ، بل ولو كان جامعاً بالوعد . وفي هنا ما ينشئ عن الوعد بالجائزة صفته التقيدية ، فهذه الصفه ليست في رأى المصراع من مستزماته » . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٢٩) .

(٢) نقول في مدة معقولة لأن التزم الواعد ، كما سئفى ، سلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في وقت يجدى فيه القيام بهذا العمل . وإذا وقع خلاف في تحديد اللذة للفترة نضل القاضي في ذلك .

الرجوع على الواعد في هذه الحالة يتقدم بالمدة التي تتقدم بها المسؤولية القصيرية ، أي ثلاث سنوات من وقت علم الدائن بالضرر الذي أصابه وبالمسئول عنه أو بخمسة عشرة سنة من وقت وقوع الضرر (١) .

أما إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد ، استحق من قام بالعمل الجائزة كاملة ، ولم يؤثر في حقه رجوع الواعد في وعده . ذلك أنه أتم العمل قبل الرجوع ، أي في وقت كان الوعد فيه قائماً وكان الواعد ملتزماً ، فأصبح دائماً بالجائزة بمجرد أن قام بالعمل . ولا يؤثر في حقه هنا أن يكون قد قام بالعمل دون نظر إلى الجائزة ، أو أن يكون قد قام به وهو لا يعلم بالجائزة أو قبل إعلان الجائزة ، ففي جميع هذه الأحوال يكون الواعد ملتزماً بالجائزة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما في الحالة الثانية ، حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب ، يلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه . ولكن يكون له أن يبدل عنه ، وفقاً للأوضاع التي صدر بها ، بأن يحصل المدول عنها بطريق الضرر في الصحف أو المصحق مثلاً . ولا تخلو الحال في الفترة التي تخضع بين إعلان الوعد والرجوع فيمن أحقره في ثلاثة : (أ) فلذا لم يكن قد بدى في تنفيذ العمل المطلوب تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده . (ب) وإذا كان قد بدى في تنفيذ هذا العمل دون أن يبلغ مرحلة الإكمال ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أخذه ، على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يجبر الوعد الذي عمل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسؤولية القصيرية المقررة في نصوص القانون . وتغسل هذه المسؤولية في حالتين : أولاً حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أضحى بانتضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد ، والثانية حالة إقلمة الواعد الملزم على أن التراجع المنشود لم يكن ليحقق لو أن ما بدى في تنفيذه قد تم ، إذ تنعدم في هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمل الغلط ورجوع الواعد في وعده . وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان المدول وإعطيه بعد هذا المدول . (ج) ... » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٢٩ - ص ٣٤٠) .

وبالاضطلاع أن المشروع التمهيدي (م ٢٧٩ فقرة ٣) كان ينص على ما يأتي . « أما إذا كان هناك من بدأ في العمل فيجب نية قبل إعلان الرجوع في الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن التراجع المنشود لم يكن ليحقق ، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانتضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد » . وهذا ينص ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن . وقد عدلت لجنة المراجعة هذا النص ، كما قلنا ، على الوجه الآتي : « فلذا كان قد بدأ العمل دون أن يحسم جزئ المسك له بتوحيش عادل ، لا يجاوز في أي حال قيمة الجائزة » . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٣٨ و ص ٣٤١) .

وذلك بمقتضى إرادته المفردة (١).

فهناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المفردة: (١) إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل في خلال هذه المدة. (٢) إذا لم يحدد مدة ولم يرجع في وعده وقام الفائز بالعمل. (٣) إذا لم يحدد مدة ورجع في وعده وليكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع. وفي الحالتين الأولين يتقدم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة، لأنه التزام إرادى ولم يرد في تقاضيه نص خاص. وفي الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ وقد تقدم ذكرها. والظاهر أن هذه المدة الأخيرة هي مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription)، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع. والسبب في قصر المدة في الحالة الثالثة، وفي جعلها مدة إسقاط لا مدة تقادم، هو - كما جاء في تقرير لجنة القانون للمسنن بمجلس الشيوخ - قطع السبل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العلول، وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة، وصعوبة الإثبات (٢).

(١) أنظر في هذا المعنى للذكر الإيضاحية للمصروع التيمى (مجموعة الأعمال الضمنية ٢ ص ٣٤٠). وجاء في المذكرة ذاتها خطأ لهذا الموضوع ما يأتى: «وليس يبق بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها الفئتين الأجنبية بأحكام تفريعية خاصة، وأغل المصروع ذكرها، مكتفياً في شأنها بتطبيق القواعد العامة. فالادة ٦٥٩ من الفئتين الأولى تنص على أنه: «إذا هذا السبل الذى يثبت الجائزة من أجل أكثر من شخص واحد، كانت الجائزة للأسبق. فإذا تعدد المتقدمون في وقت واحد، كانت الجائزة سوية بينهم» (أنظر أيضاً المادة ١٧ من كل من الفئتين الأولى والثانية). وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من الفئتين الأولى على أنه: «إذا تعاون عدة أشخاص في تحقيق النتيجة التى يثبت الجائزة من أجلها، وجب على الواعد أن يسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل، قوله ما يكون لكل منهم من نصيب في تحقيق هذه النتيجة». ونص الفئتين الأولى في المادة ٦٠٦ يعلق «الوعد الموجب للم الجمهور بتج جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة، إذا لم يحدد الإعلان مياداً لتقديم في هذه المسابقة. ويكون الواعد الحق في تحرير ما إذا كان هناك عمل تنج الجائزة، ولأى عمل تنج، إلا إذا كان قد بين في إعلانه طريفاً آخر لفصل في نتيجة المسابقة. ولا يكسب الواعد ملكية السبل الذى استحق الجائزة، أو حقوق منفعة فيه، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان». (مجموعة الأعمال الضمنية ٢ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١).

(٢) مجموعة الأعمال الضمنية ٢ ص ٣٤٧.

ويمكن القول ، من ناحية التكيف القانوني ، إن الواعد بالخاترة رتب في ذمته التزاماً بإرادته المنفردة - من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور - لدائن غير معين أن يعطيه الخاترة إذا هوقام بالعمل المطلوب . فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في المدة المعينة أو في مدة معقولة . فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام حالاً ، ولا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط ، وهذا في غير الحالة الثالثة التي ورد فيها نص خاص جعل مدة التقدم ستة أشهر .

فهرس مجمل مستملات الكتاب

صفحة

كلمة افتتاحية

مقدمة : نظرة في التقنين المدني الجديد

كيف وضع وكيف يكون تفسيره وما استحدث من أحكام وما يرسم من اتجاهات عامة ١	
(١) تنقيح التقنين المدني :	٢٠
١ - كيف قامت فكرة التنقيح	٢
أ (عيوب التقنين المدني القديم	٢
العيوب الموضوعية	٢
العيوب الشكلية	٧
ب) التنقيح الشامل	٩
ج) الظروف التي نبت فيها فكرة التنقيح	١١
٢ - كيف حققت فكرة التنقيح (اللجان التي تعاقبت على	
تنقيح القانون المدني)	١٣
اللجنة الأولى	١٣
اللجنة الثانية	١٥
اللجنة الثالثة والأخيرة	١٦
(٢) القواعد التي قام عليها التنقيح :	٢٦
١ - كيف عولجت عيوب التقنين القديم	٢٦
أ (كيف عولجت العيوب الشكلية	٢٦
(أولاً) التبويب	٢٦
(ثانياً) اللغة والأسلوب	٣٢
ب) كيف عولجت العيوب الموضوعية	٣٣
٢ - مصادر التنقيح وطرق التفسير في القانون الجديد	٣٤
أ (لمصوص التقنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري	٣٤

صفحة

- (أولاً) ما الذى استقاه التفتين الجديد من هذا المصدر ... ٣٤
(ثانياً) كيف تفسر النصوص التى استقيت من القضاء المصرى
والتفتين اللقى القديم ... ٣٦
(ب) الفقه الإسلامى ... ٤٤
(أولاً) ما الذى استقاه التفتين الجديد من هذا المصدر ... ٤٤
(ثانياً) كيف تفسر النصوص التى استقيت من الشريعة
الإسلامية وكيف تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً
وسياً ... ٤٨
(٢) التفتينات الحديثة ... ٥٠
(أولاً) ما الذى استقاه التفتين الجديد من هذا المصدر ... ٥٠
(ثانياً) كيف تفسر النصوص التى استقيت من التفتينات الحديثة ... ٥٢
(٣) الفروق الجوهرية ما بين التفتين القديم والجديد : ... ٥٨
١ - ما استحدثت التفتين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بهما من قبل ... ٥٨
١ (موضوعات كاملة ... ٥٨
(أولاً) المؤسسات ... ٥٨
(ثانياً) الإعمار المبنى ... ٦٠
(ثالثاً) حوالة الدين ... ٦١
(رابعاً) تصفية البركة ... ٦٢
(ب) مسائل تفصيلية متنوعة ... ٦٢
٢ - ما قنن التفتين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل ... ٧٠
١ (الأحكام التى قررها القضاء المصرى فى ظل التفتين القديم
دون نص فتنها التفتين الجديد ... ٧٠
(ب) الأحكام التى كانت تقوم على نص تشريعى ... ٧٢
نصوص كانت معيبة فهذبت ... ٧٢
نصوص كانت فى مكان آخر نقلت إلى التفتين اللقى ... ٧٢
(٤) الاتجاهات العامة للتفتين الجديد : ... ٧٤
١ - موقف التفتين الجديد من الاتجاهات العامة للتفتينات الحديثة ... ٧٤
١ (مبدأ سلطان الإرادة ... ٧٧
(ب) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام ... ٨١
(٢) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة ... ٨٣
(د) التصرف السبب والتصرف المبرر ... ٨٧
٢ - التفتين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والمجاعة ... ٨٨

صفحة

١٣٧	١٣٧	١ - تعريف العقد
١٤١	١٤١	٢ - مبدأ سلطان الإرادة
١٤٩	١٤٩	٣ - تقسيم العقود
١٥٠	١٥٠	١ - العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني
١٥٤	١٥٤	٢ - العقد المسمى والعقد غير المسمى
١٥٧	١٥٧	٣ - العقد البسيط والعقد المختلط
١٥٨	١٥٨	٤ - العقد الملزم للجائين والعقد الملزم لطائب واحد
١٦٢	١٦٢	٥ - عقد المعاوضة وعقد التبرع
١٦٣	١٦٣	٦ - العقد المحدد والعقد الاحتمالي
١٦٥	١٦٥	٧ - العقد الفوري والعقد الزمني

الفصل الأول - أركان العقد

١٧٠	١٧٠	الفرع الأول - التراضي
١٧١	١٧١	المبحث الأول - وجود التراضي
١٧٤	١٧٤	المطلب الأول - التعبير عن الإرادة
١٧٤	١٧٤	١ - التعبير الصادر من الأصيل (التعبير المريح والتعبير الضمني)
١٧٤	١٧٤	الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة - متى ينتج التعبير أثره
١٨٩	١٨٩	٢ - التعبير الصادر من النائب (النباة في التعاقد - تعاقد الشخص مع نفسه)
٢٠٥	٢٠٥	المطلب الثاني - توافق الإرادتين
٢٠٦	٢٠٦	١ - المتعاقدان في مجلس واحد
٢٠٦	٢٠٦	٢ - صدور الإيجاب
٢٠٦	٢٠٦	المراحل التي يمر بها الإيجاب (المفاوضات - الإيجاب المعلق - الإيجاب البات)
٢٠٦	٢٠٦	القوة الملزمة للإيجاب
٢٠٨	٢٠٨	سقوط الإيجاب
٢١١	٢١١	٣ - اقتران الإيجاب بالقبول
٢١٣	٢١٣	٤ - حالات خاصة في القبول
٢٢٠	٢٢٠	الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولا
٢٢٠	٢٢٠	الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول
٢٢٦	٢٢٦	الحالة الثالثة - القبول في عقود المزاة
٢٢٩	٢٢٩	الحالة الرابعة - القبول في عقود الأذعان

صفحة

الحالة الخامسة - القول في عقود الجبابة وفي العقود التوجيهية	٢٣٥
٢٣٥ - التعاقدان لا يصحهما مجلس واحد (التعاقد بالمراسلة أو فيما بين	
النائبين)	٢٣٧
٢٣٧ (أ) الفقه والتوانين الأجنبية (الإعلان - التصديق والتسلم - العلم)	٢٣٩
ب) أحكام القانون المصري (القانون القديم - القانون الجديد)	٢٤٥
المطلب الثالث - مرحلة تمهيدية في التعاقد	٢٤٩
٢٤٩ ١ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	٢٤٩
٢٥١ (أ) كيف يتخذ الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	٢٥١
ب) الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	٢٥٦
٢٥٩ ٢ - المبرور	٢٥٩
المبحث الثاني - صحة التراضي	٢٦٤
المطلب الأول - الأهلية	٢٦٥
٢٦٦ ١ - النظرية العامة في الأهلية	٢٦٦
٢٧٢ ٢ - أحكام الأهلية	٢٧٢
٢٧٢ (أ) تأثير الأهلية بالسن	٢٧٢
ب) تأثير الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)	٢٧٩
المطلب الثاني - عيوب الإرادة	٢٨٧
٢٨٩ ١ - الغلط	٢٨٩
٢٩٣ (أ) متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع	٢٩٣
ب) كيف يتصل التعاقد الآخر بالغلط (الغلط المشترك والغلط	
الفردى)	٣٠٨
٣١٨ ٢ - التدليس	٣١٨
(أ) عناصر التدليس (طرق احتيالية - الدفع إلى التعاقد التدليس	
الصادر من الغير)	٣١٩
ب) نظرية الغلط تقضى عن نظرية التدليس	٣٣٢
٣٣٤ ٣ - الإكراه	٣٣٤
(أ) استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق	٣٣٨
ب) رهبة تحمل على التعاقد	٣٤٧
(أ) الجهة التي صدر منها الإكراه (الإكراه الصادر من التعاقد	
الآخر والإكراه الصادر من الغير)	٣٥١
٣٥٥ ٤ - الاستغلال	٣٥٥
(أ) عناصر الاستغلال (المنعمران الموضوعي والنفسي)	٣٦٢
ب) الجزاء الذي يترتب على الاستغلال	٣٧٠

صفحة

٣٧٥	المحل الثاني -
٣٧٦	المبحث الأول - المحل موجود أو ممكن
٣٧٦	١٩ - المحل موجود (المحل المستقبل والتركة المستقبلة)
٣٨٣	٢٩ - المحل ممكن
٣٨٦	المبحث الثاني - المحل معين أو قابل للتعيين
٣٨٧	١٩ - كيفية تعيين المحل
٣٨٩	٢٩ - تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً (شرط الذهب)
٣٩٧	المبحث الثالث - المحل قابل للتعامل فيه
٤٠٢	المطلب الأول - الاتفاقات التي تخالف النظام العام
٤٠٢	١٩ - روابط القانون العام (الحريات العامة - النظم الإدارية والمالية - النظام القضائي - القوانين الجنائية)
٤٠٩	٢٩ - روابط القانون الخاص (الأحوال الشخصية - المعاملات المالية)
٤١١	المطلب الثاني - الاتفاقات التي تخالف الآداب
٤١٣	الفرع الثالث - السبب
٤١٧	المبحث الأول - كيف نشأت نظرية السبب
٤١٧	المطلب الأول - نظرية السبب في القانون الروماني
٤١٧	١٩ - العهد القديم
٤١٩	٢٩ - العهد المدرسي
٤٢٤	المطلب الثاني - نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم
٤٢٥	١٩ - نظرية السبب في العهد الذي سبق دوما
٤٢٩	٢٩ - نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التتبعين المدق الفرنسي
٤٣٥	المبحث الثاني - نظرية السبب في القانون الحديث
٤٣٦	المطلب الأول - النظرية التقليدية في السبب
٤٣٧	١٩ - معنى السبب في النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه
٤٣٧	(أ) تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية
٤٤٠	(ب) الشروط الواجب توافرها في السبب
٤٤٥	٢٩ - خصوم السبب وأتباعه
٤٤٥	(أ) خصوم السبب
٤٤٧	(ب) أتباع السبب

صفحة

المطلب الثاني - النظرية الحديثة في السبب	٤٥١
١ - استبعاد النظرية التقليدية	٤٥١
٢ - الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع الى التقاعد	٤٥٦
٣ - التصرف المجرد	٤٦٣
المطلب الثالث - نظرية السبب في القانون المصري الجديد	٤٧١
١ - اعتناق القانون الجديد لنظرية الحديثة في السبب	٤٧١
٢ - الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة النطق القانون الجديد	٤٧٧
٣ - إثبات السبب	٤٨٢
الفصل الرابع - الجزاء : نظرية البطلان	٤٨٦
مبحث الأول - الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال	٤٩٥
المطلب الأول - الآثار المرضية للعقد الباطل	٤٩٦
١ - نظرية تحول العقد ونظرية انتقاسي العقد	٤٩٧
٢ - نظرية الخطأ عند تكوين العقد	٥٠٣
المطلب الثاني - الآثار الأصلية للعقد الباطل	٥١٢
مبحث الثاني - الإجازة والتقدم	٥١٣
المطلب الأول - الإجازة	٥١٤
١ - العقد الباطل	٥١٤
٢ - العقد القابل للإبطال	٥١٥
المطلب الثاني - التقدم	٥١٩
١ - العقد الباطل	٥١٩
٢ - العقد القابل للإبطال	٥٢٢
مبحث الثالث - تقرير البطلان (دعوى البطلان)	٥٢٥
المطلب الأول - من الذي يتمسك بالبطلان	٥٢٦
١ - العقد الباطل	٥٢٦
٢ - العقد القابل للإبطال	٥٢٨
المطلب الثاني - كيف يتقرر البطلان	٥٣٠
١ - العقد الباطل	٥٣٠
٢ - العقد القابل للإبطال	٥٣١

صفحة

المطلب الثالث - أثر تقرير البطلان	٥٣٢
١٩ - فيما بين المتعاقدين	٥٣٤
٢٥ - بالنسبة إلى الغير	٥٣٨

الفصل الثاني - آثار العقد

الفرع الأول - قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص	٥٤٠
المبحث الأول - أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين	٥٤٠
المطلب الأول - الخلف العام	٥٤١
المطلب الثاني - الخلف الخاص	٥٤٥
المبحث الثاني - أثر العقد بالنسبة إلى الغير	٥٥٣
المطلب الأول - التعهد عن الغير	٥٥٦
١٩ - قبول الغير للتعهد	٥٥٩
٢٥ - رفض الغير للتعهد	٥٦١
المطلب الثاني - الاشتراط لمصلحة الغير	٥٦٢
١٩ - كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية	٥٦٦
٢٥ - شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير	٥٧٣
٢٥ - أحكام الاشتراط لمصلحة الغير	٥٧٧
الفرع الثاني - قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع	٥٩٠
المبحث الأول - تحديد موضوع التعاقد	٥٩١
المطلب الأول - تفسير العقد	٥٩١
١٩ - عبارة العقد واضحة	٦٠١
٢٥ - عبارة العقد غير واضحة	٦٠٥
٢٥ - قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين	٦١٤
المطلب الثاني - تحديد نطاق العقد	٦١٦
المطلب الثالث - لزوم المتعاقدين بتنفيذ العقد (العقد شرعية المتعاقدين)	٦٢٣
١٩ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه	٦٢٣
٢٥ - نظرية الحوادث الطارئة	٦٢٩

صفحة

٦٣٧	١	التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة
٦٤٢	ب)	نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد
٦٥٣		المبحث الثاني - المسؤولية العقدية (جزء العقد)
٦٥٥		المطلب الأول - الخطأ العقدي
٦٥٦	١	الخطأ العقدي في مسؤولية الدين عن عمله الشخصي
٦٦٥	٢	المسؤولية العقدية عن الغير وعن الأشياء
٦٦٥	١	المسؤولية العقدية عن الغير
٦٧٠	ب)	المسؤولية العقدية عن الأشياء
٦٧١	٣	تعديل قواعد المسؤولية العقدية
٦٧٩		المطلب الثاني - الضرر
٦٨٠	١	الضرر المادي والضرر الأدبي
٦٨٠	١	الضرر المادي
٦٨١	ب)	الضرر الأدبي
٦٨٣	٢	مدى التعويض عن الضرر
٦٨٧		المطلب الثالث - علاقة الميية بين الخطأ والضرر

الفصل الثالث - زوال العقد

٦٩٤	الفرع الأول - فسخ العقد
٦٩٦	المبحث الأول - الفسخ بحكم القضاء
٦٩٦	المطلب الأول - شروط المطالبة بالفسخ
٦٩٨	١	لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجائين
٧٠٠	٢	لا يكون الفسخ إلا إذا لم يتم أحد التمتعدين بتنفيذ التزامه
٧٠١	٣	لا يكون الفسخ إلا إذا كان العائن مستعداً لقيام بالتزامه
٧٠١	وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها
٧٠٢	المطلب الثاني - كيف يستعمل حق الفسخ
٧٠٨	المطلب الثالث - ما يترتب على الفسخ من أثر
٧١٢	المبحث الثاني - الفسخ بحكم الاتفاق
٧٢٢	المبحث الثالث - اقتصاص العقد بحكم القانون
٧٢٧	الفرع الثاني - الدفع بعدم تنفيذ العقد

صفحة

- المبحث الأول - متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ٧٢٩
المبحث الثاني - كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ... ٧٣٤
المبحث الثالث - ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد ... ٧٣٦

الباب الثاني

العمل غير المشروع

(المسؤولية التقصيرية)

- تجريد ٧٤٣
١§ - التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية ... ٧٤٣
٢§ - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ... ٧٤٤
٣§ - التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ... ٧٤٨
٤§ - تطور المسؤولية التقصيرية ... ٧٦٢

الفصل الاول

المسؤولية عن الاعمال الشخصية

- الفرع الأول - أركان المسؤولية التقصيرية ... ٧٧٥
المبحث الأول - الخطأ ... ٧٧٦
المطلب الأول - تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية ... ٧٧٧
١§ - الركن المادي : التعدي ... ٧٧٩
مقياس التعدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي ... ٧٧٩
حالات ثلاث تجعل التعدي عملاً مشروعاً ... ٧٨٦
حالة الدفاع الشرعي ... ٧٨٦
حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس ... ٧٩٠
حالة الضرورة ... ٧٩٢
٢§ - الركن المعنوي : الادراك ... ٧٩٦
١ (الشخص الطبيعي ... ٧٩٩
ب (الشخص المعنوي ... ٨٠٦

صفحة

المطلب الثاني - تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ ٨١٠	
١٥ - الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق ٨١٢	
حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل ٨١٣	
حوادث العمل ٨١٩	
المسئولية عن الأخطاء الفنية في مزاولة المهنة ٨٢١	
الاعتداء على الشرف والسمعة ٨٢٥	
فسخ الخطبة والإغواء ٨٢٧	
حالات أخرى مختلفة في الخطأ التصغيري ٨٣١	
٢٥ - التصف في استعمال الحق ٨٣٤	
أ (التطور التاريخي لنظرية التصف في استعمال الحق ٨٣٥	
ب) الأساس القانوني لنظرية التصف في استعمال الحق والعيار الذي تأخذ به ٨٤١	
ج) تطبيقات مختلفة لنظرية التصف في استعمال الحق ٨٥١	
المبحث الثاني - الضرر ٨٥٤	
المطلب الأول - الضرر المادي ٨٥٥	
١٥ - الاخلال بمصلحة مالية للضرر ٨٥٦	
٢٥ - تحقق الضرر ٨٥٨	
المطلب الثاني - الضرر الأدبي ٨٦٤	
المبحث الثالث - علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر ٨٧٢	
المطلب الأول - انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي ٨٧٥	
١٥ - القوة القاهرة أو الحوادث الفجائية ٨٧٦	
٢٥ - خطأ الضرر ٨٨١	
استفراق أحد الخطأين لخطأ الآخر ٨٨٣	
أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر ٨٨٧	
الخطأ المشترك ٨٨٨	
٣٥ - خطأ الغير ٨٩٦	
المطلب الثاني - انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر ٩٠٢	
١٥ - تعدد الأسباب ٩٠٣	
أ (تعدد الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى ٩٠٣	
ب) تعدد الأسباب دون استفراق ٩٠٤	
نظرية تكافؤ الأسباب ٩٠٤	

صفحة

٩٠٥ نظرية الحب المتع
٩٠٨	٧ - تسلسل النتائج (تعاقب الأضرار أو الضرر غير المباشر)
٩١٥ الفرع الثاني - آثار المسؤولية
٩١٦ البحث الأول - دعوى المسؤولية
٩١٦ المطلب الأول - طرقا لدعوى
٩١٦ ١٥ - المدعى
٩١٦ (أ) غير المضرور ليس له حق في التعويض
٩١٨ (ب) حق التعويض المضرور
٩٢٠ (ج) حق التعويض لكل مضرور
٩٢٣ ٢٥ - المدعى عليه
٩٢٤ تعدد المسؤولين
٩٣١ المسئول إذا ارتكب الخطأ جماعة
٩٣٢ المطلب الثاني - الطلبات والدفع
٩٣٢ ١٥ - طلبات المدعى
٩٣٢ سبب الدعوى
٩٣٥ موضوع الدعوى
٩٣٥ ٢٥ - دفع المدعى عليه
٩٣٦ الدفع بالتقدم
٩٤٠ المطلب الثالث - الاثبات
٩٤٠ ١٥ - عبء الاثبات
٩٤٤ ٢٥ - وسائل الاثبات
٩٤٤ ارتباط القاضي الدفع بالحكم الجنائي
٩٥٦ المطلب الرابع - الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٥٧ ١٥ - طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٥٧ الطعن بطريق النقض
٩٦١ ٢٥ - الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٦١ الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض
٩٦٣ الحكم يؤتم الحق في التعويض ويقره
٩٦٤ البحث الثاني - جزاء المسؤولية
٩٦٤ المطلب الأول - التعويض في صورته العادية لألوفه
٩٦٤ ١٥ - طريقة التعويض

صفحة

التنفيذ المعنى	٩٦٦
التعويض غير التقدي	٩٦٧
التعويض التقدي	٩٦٧
٢٤ - تقدير التعويض	٩٦٨
الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض	٩٧١
الضرر المتخير والوقت الذي يقدر فيه	٩٧٤
الثقة المؤقتة	٩٧٦
المطلب الثاني - التعويض في صورته المعدلة الموصوفة	٩٧٧
١٤ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية	٩٧٧
الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التصيرية أو على التخفيف منها	٩٧٩
الاتفاق على التشديد في المسؤولية التصيرية	٩٨٠
٢٥ - التلدين على المسؤولية	٩٨١
٣٥ - اجتماع طرفين التعويض	٩٨٦
اجتماع التعويض مع مبلغ التلدين	٩٨٦
اجتماع التعويض مع الثقة أو الأيراد	٩٨٨

الفصل الثاني

المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

الفرع الأول - المسئولية عن عمل الغير	٩٩٢
المبحث الأول - مسئولية من يجب عليه الرقابة عن هم في رقابته	٩٩٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسئوليته متولى الرقابة	٩٩٥
١٤ - تولى الرقابة	٩٩٥
٢٥ - مدور عمل غير مشروع من هو تحت الرقابة	١٠٠٢
المطلب الثاني - الأسس الذي تقوم عليه مسئولية متولى الرقابة	١٠٠٤
ما هو الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة	١٠٠٥
كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترض	١٠٠٦
كيف ينفي متولى الرقابة علاقة السببية	١٠٠٧
قيام مسؤولية الشخص الخاضع لرقابة إلى جانب مسؤولية متولى الرقابة	١٠١٠
المبحث الثاني - مسئولية المتبوع عن التابع	١٠١٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسئولية المتبوع	١٠١٤
١٤ - علاقة التبعية	١٠١٤

صفحة

عنصر السلطة الفعلية	١٠١٥
عنصر الرقابة والتوجيه	١٠١٦
٢٤ - خطأ التامع في حالة تأديتوظيفته أو بسببها	١٠٢٣
خطأ يرتكبه التامع يضر بالغير	١٠٢٣
حال تأدية الوظيفة أو بسببها	١٠٢٤
الخطأ في تأدية الوظيفة	١٠٢٧
الخطأ بسبب الوظيفة	١٠٢٨
الخطأ بمنسبة الوظيفة	١٠٣٥
الخطأ الأجنبي عن الوظيفة	١٠٣٧
المطلب الثاني - الأسس الذي تقوم عليه مسئولية المتبوع	١٠٣٩
١٤ - تكييف مسئولية المتبوع	١٠٤٠
الخطأ المقترض	١٠٤١
تحمل التبعة	١٠٤٥
مسئولية عن الغير (الضمان والنيابة والحلول)	١٠٤٦
٢٤ - قيام مسئولية التامع إلى جانب مسئولية المتبوع	١٠٤٩
الفرع الثاني - المسئولية الناشئة عن الأشياء	١٠٥٢
المبحث الأول - مسئولية حارس الحيوان	١٠٥٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان	١٠٥٤
١٤ - حراسة الحيوان	١٠٥٥
الحراسة	١٠٥٥
الحيوان	١٠٥٨
٢٤ - إحداث الحيوان ضرراً للغير	١٠٥٩
فصل الحيوان	١٠٥٩
الضرر الذي يحدثه الحيوان	١٠٦٠
المطلب الثاني - الأسس الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان	١٠٦٣
١٤ - ما هو الخطأ	١٠٦٣
خطأ في الحراسة	١٠٦٣
٢٤ - إلى أي حد هو مقترض	١٠٦٤
الاقتراض لا يقبل إثبات العكس	١٠٦٤
جواز نفي المسئولية بنفي علاقة السببية	١٠٦٥
المبحث الثاني - مسئولية حارس البناء	١٠٦٦
المطلب الأول - متى تتحقق المسئولية عن تهديم البناء	١٠٦٩

صفحة

١٠٧٠ ...	١٥ - حراسة البناء
١٠٧٠ ...	الحراسة
١٠٧٢ ...	البناء
١٠٧٢ ...	٢٥ - تدم البناء هو الذى أحدث الضرر
١٠٧٢ ...	ما يعتبر تهماً
١٠٧٣ ...	ما لا يعتبر تهماً
١٠٧٥ ...	المطلب الثانى - الأسس الذى تقوم عليه المسئولية عن تدم البناء
١٠٧٥ ...	١٥ - ما هو الخطأ
١٠٧٦ ...	٢٥ - إلى أى حد هو مقترض ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر
١٠٧٦ ...	خطأ المقترض ذو شقين ،
١٠٧٦ ...	غير قابل لذلك
١٠٧٧ ...	الخطأ المقترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية
١٠٧٨ ...	المبحث الثالث - مسئولية حارس الأشياء
١٠٨٦ ...	المطلب الأول - متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء
١٠٨٦ ...	١٥ - حراسة شيء تقتضى حراسته عناية عامة أو حراسة الاستيلاء
١٠٨٦ ...	الحراسة
١٠٨٨ ...	الشيء
١٠٨٩ ...	٢٥ - وقوع الضرر بفعل الشيء
١٠٩١ ...	فعل الشيء وفعل الانسان
١٠٩٦ ...	المطلب الثانى - على أى أسس تقوم مسئولية حارس الأشياء
١٠٩٧ ...	١٥ - ما هو الخطأ
١٠٩٧ ...	خطأ في الحراسة
١٠٩٨ ...	٢٥ - إلى أى حد هو مقترض
١٠٩٨ ...	الافتراض لا يقبل إثبات العكس
١١٠٠ ...	جواز نفي المسئولية بنفي علاقة السببية

الباب الثالث

الاثراء بلا سبب

١١٠٣ ...	تجريد
١١٠٤ ...	التطور التاريخى لقاعدة الاثراء بلا سبب

صفحة

١١٠٤	القانون الروماني
١١٠٦	القانون الفرنسي القديم
١١٠٧	الفقه الاسلامي
١١٠٨	القانون الانجليزي
١١٠٩	القانون الفرنسي الحديث
١١١٢	القانون المصري القديم
١١١٤	القانون المصري الجديد

الفصل الاول

القاعدة العامة : الاتراء بلا سبب

١١١٧	التأصيل القانوني لقاعدة الاتراء بلا سبب
١١١٧	الفضالة الناقصة
١١١٨	المعمل غير المشروع
١١١٩	تحصيل النتيجة
١١٢٠	قاعدة مستقلة تقوم بذاتها
١١٢٢	الفروع الأول - أركان الاتراء بلا سبب
١١٢٢	المبحث الأول - إثراء المدين
١١٢٣	الاتراء الايجابي والاتراء السلبي
١١٢٥	الاتراء المباشر والاتراء غير المباشر
١١٢٨	الاتراء المادي والاتراء المعنوي
١١٣٠	المبحث الثاني - افتقار الدائن
١١٣٢	الافتقار الايجابي والافتقار السلبي
١١٣٣	الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر
١١٣٣	الافتقار المادي والافتقار المعنوي
١١٣٣	السببية المباشرة بين الافتقار والاتراء
١١٣٥	المبحث الثالث - انعدام السبب
١١٣٦	اختلاف الفقهاء في تحديد معنى السبب
١١٣٦	المعنى الأدبي
١١٣٦	المعنى الاقتصادي القانوني
١١٣٨	معنى السبب في القانون المصري الجديد
١١٣٨	السبب هو المصدر القانوني للكسب للاتراء

صفحة

١١٣٩	السبب في الإثراء عقد
١١٤٣	السبب في الإثراء حكم من أحكام القانون
					المبحث الرابع - لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية
١١٤٥	أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى
١١٤٥	موقف القانون المدني الجديد
١١٤٧	المطلب الأول - لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية
١١٤٧	١٤ - القانون الفرنسي
					اتفاق الفقه والقضاء بادي الأمر على أن تكون دعوى الإثراء
١١٤٧	دعوى احتياطية
١١٤٨	تزعزع الفقه الفرنسي عن موقفه
١١٥١	١٥ - القانون المصري
١١٥١	الفقه والقضاء في مصر
١١٥٥	القانون المصري الجديد
١١٦٠	المطلب الثاني - لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى
١١٦٠	القانون المصري الجديد
١١٦١	الرأي المعارض
١١٦٤	نقض الرأي المعارض
١١٦٨	الفرع الثاني - أحكام الآراء بلا سبب
١١٦٨	المبحث الأول - الدعوى
١١٦٨	١٦ - طرفا الدعوى
١١٦٨	(أ) المدعى
١١٦٩	(ب) المدعى عليه
١١٧٢	١٧ - الطلبات والدفع
١١٧٢	(أ) طلبات المدعى
١١٧٣	(ب) دفع المدعى عليه - الدفع بالتقدم
١١٧٥	١٨ - الأثبات
١١٧٥	(أ) عبء الأثبات
١١٧٥	(ب) وسائل الأثبات
١١٧٦	١٩ - الحكم
١١٧٦	(أ) الطعن في الحكم بطريق النقض
١١٧٧	(ب) الآثار التي تترتب على الحكم
١١٧٩	المبحث الثاني - الجزاء أو التعويض

صفحة

التوصيف هو أقل قيمتي الاقتار والاتراء	١١٧٩
١ - كيف يقدر الاتراء	١١٨١
(ا) الاتراء ملكية انتقلت إلى ذمة المشتري	١١٨١
هل يجوز أن يكون الاتراء عيناً تبقى في ملكية الفتر	١١٨١
الاتراء قد دخل في ذمة الثرى	١١٨٢
الاتراء تحصيلات استعملتها الفتر في مال الثرى	١١٨٢
(ب) الاتراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبى	١١٨٢
٢ - كيف يقدر الاقتار	١١٨٤
(ا) تقدير مدى الاقتار	١١٨٤
(ب) وقت تقدير الاقتار	١١٨٤
٣ - ما يترتب بالتوصيف من ضمانات	١١٨٦
التوصيف دين شخصى لا امتياز له	١١٨٦
الحق في الحبس	١١٨٦

الفصل الثانى

دفع غير المستحق والفضالة

الفرع الأول - دفع غير المستحق	١١٨٧
المبحث الأول - أركان دفع غير المستحق	١١٨٧
المطلب الأول - حالتا دفع غير المستحق	١١٨٩
١ - الوفاء بدين غير مستحق من هادى الأمر	١١٨٩
(ا) الركن الأول - دين غير مستحق وقت الوفاء به	١١٨٩
الدين متعلم من الأصل	١١٨٩
الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أولاً يستحق	١١٩٠
الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به	١١٩١
(ب) الركن الثانى - عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجمله قاهلاً للابطال	١١٩٢
المعيب الذى يشوب الوفاء (الغلط والاكراه ونقص الأهلية)	١١٩٣
٢ - الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق	١١٩٧
(ا) الركن الأول - وفاء صحيح بدين مستحق الأداء	١١٩٧
(ب) الركن الثانى - زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به	١١٩٧
المطلب الثانى - تكييف الالتزام برد ما أخذ دون حق	١١٩٩

صفحة

تحليل حالتى دفع غير المستحق ووردما إلى قاعدة الإثراء	
بلا سبب	١١٩٩
التمييز بين دين فى الذمة وعين معينة بالذات	١٢٠١
المبحث الثانى - أحكام دفع غير المستحق	١٢٠٢
المطلب الأول - المدعى والمدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق	١٢٠٢
أ (المدعى	١٢٠٢
ب (المدعى عليه	١٢٠٣
المطلب الثانى - بماذا يطالب المدعى المدعى عليه فى دعوى استرداد	
غير المستحق	١٢٠٣
١ - المدفوع له حسن النية	١٢٠٤
أ (المدفوع نقود أو أشياء مثلية	١٢٠٥
ب (المدفوع عين معينة بالذات	١٢٠٦
رد العين	١٢٠٦
رد الثمار واسترداد المصروفات	١٢٠٦
حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها	١٢١١
حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى	١٢١٢
٢ - المدفوع له سوء النية	١٢١٤
أ (المدفوع نقود أو أشياء مثلية	١٢١٤
ب (المدفوع عين معينة بالذات	١٢١٥
رد العين والثمار واسترداد المصروفات	١٢١٥
حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها	١٢١٦
حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى	١٢١٦
٣ - حالتان ذواتا أحكام خاصة	١٢١٨
أ (الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل	١٢١٨
ب (الوفاء لتاقص الأهلية	١٢٢١
المطلب الثالث - سقوط دعوى استرداد غير المستحق	١٢٢٣
١ - تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأييداته	
أو تركه دعواه تسقط بالتقادم	١٢٢٣
٢ - سقوط الدعوى بثلاث سنوات	١٢٢٦
الفرع الثانى - الفضالة	١٢٢٨
المبحث الأول - أركان الفضالة	١٢٢٨

صفحة

- المطلب الأول - قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل ... ١٢٣١
- ١ - تصرف قانوني أو عمل مادي ... ١٢٣١
- (أ) التصرف القانوني ... ١٢٣١
- (ب) العمل المادي ... ١٢٣٣
- ٢ - شأن عاجل لرب العمل ... ١٢٣٥
- مجرد النفع لا يكفي ... ١٢٣٥
- بل يجب أن يكون العمل « ضرورياً » ... ١٢٣٦
- المطلب الثاني - نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل ... ١٢٣٧
- ١ - الفضولي على بينة من أمره ... ١٢٣٧
- القصد عند الفضولي هو الذي يميز الفضالة عن الإثراء بلا يجب ... ١٢٣٧
- جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في وقت سماع ... ١٢٣٩
- ٢ - الفضولي على غير بينة من أمره ... ١٢٣٩
- لا يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به ... ١٢٣٩
- يعمل لمصلحة غيره ... ١٢٣٩
- ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا ... ١٢٤٠
- به يعمل لمصلحة شخص آخر ... ١٢٤٠
- المطلب الثالث - الفضولي يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل ... ١٢٤١
- فيه ولا منبه عنه ... ١٢٤١
- ١ - موقف الفضولي من الشأن العاجل ... ١٢٤١
- لا يعتبر فضولياً من يكون ملتزماً بتولي شأن الغير ... ١٢٤١
- ٢ - موقف رب العمل من الشأن العاجل ... ١٢٤٢
- رب العمل لا يعلم بالفضالة ... ١٢٤٢
- رب العمل يعلم بالفضالة ... ١٢٤٣
- المبحث الثاني - أحكام الفضالة ... ١٢٤٦
- المطلب الأول - التزامات الفضولي ... ١٢٤٦
- ١ - التزامات الفضولي الأربعة ... ١٢٤٧
- (أ) الالتزام الأول - معنى الفضولي في العمل الذي يندلج إليه ... ١٢٤٧
- يمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ... ١٢٤٧
- (ب) الالتزام الثاني - إخطار الفضولي رب العمل بتدخله ... ١٢٤٨
- متى استطاع ذلك ... ١٢٤٨
- (ج) الالتزام الثالث - بذل عناية الشخص العادي في القيام ... ١٢٤٩
- بالعمل ... ١٢٤٩

صفحة

المطابق في الفضالة	١٢٥١
نائب الفضولي	١٢٥٣
التضامن في المسئولية عند تعدد الفضولي	١٢٥٤
د (الالتزام الرابع - تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة	١٢٥٥
٧٩ - ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام	١٢٥٦
أ) أهلية الفضولي	١٢٥٦
ب) أثر موت الفضول أو موت رب العمل في التزامات الفضولي	١٢٥٩
موت الفضولي	١٢٦٠
موت رب العمل	١٢٦٠
ج) تقادم التزامات الفضولي	١٢٦١
المطلب الثاني - التزامات رب العمل	١٢٦٢
٨٠ - التزامات رب العمل الأربعة	١٢٦٤
أ) الالتزام الأول - تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه	١٢٦٤
ب) الالتزام الثاني - تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً	١٢٦٥
ج) الالتزام الثالث - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر	١٢٦٦
د) الالتزام الرابع - تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه	١٢٦٨
٨١ - ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام	١٢٦٩
أ) أهلية رب العمل	١٢٦٩
ب) أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل	١٢٦٩
ج) تقادم التزامات رب العمل	١٢٧٠

الباب الرابع القانون

تجهيد	١٢٧٥
كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام	١٢٧٦
المبحث الأول - النص هو الذي ينشئ الالتزام القانوني	١٢٧٩
المطلب الأول - الالتزامات القانونية التي تستند إلى الوقائع المادية	١٢٧٩
الالتزامات السلبية	١٢٧٩

صفحة

الالتزامات الاعيانية	١٢٨٠
المطلب الثاني - الالتزامات القانونية التي تستند إلى الإرادة المنفردة	١٢٨٢
هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً	١٢٨٢
إلى أي حد أخذ القانون المدني الجديد بالإرادة المنفردة مصدراً	
للاتزام	١٢٨٩
الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد	
هي التزامات قانونية ومصدرها المباشر هو القانون	١٢٩٢
المبحث الثاني - النص هو الذي يبين أركان الالتزام القانوني ويبين	
أحكامه	١٢٩٥
المطلب الأول - القاعدة العامة	١٢٩٥
أركان الالتزام القانوني	١٢٩٥
أحكام الالتزام القانوني	١٢٩٧
المطلب الثاني - تطبيق خلاص (الوعد بمجازة - الجمالة)	١٣٠٠
أركان التزام الواعد بالجمالة	١٣٠٢
أحكام الالتزام	١٣٠٣
الوعد حددت له مدة	١٣٠٣
الوعد لم يحدد له مدة	١٣٠٤

